Aktienrechtliche Anfechtungsklage

INAUGURAL-DISSERTATION

der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern
zur Erlangung der Würde eines Doctor rerum politicarum

vorgelegt von

KUNO WALTER ROHRER
von Münchenbuchsee (BE)

Juris Druck + Verlag Zürich
1979

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548126_0002

Aktienrechtliche Anfechtungsklage

INAUGURAL-DISSERTATION

der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern
zur Erlangung der Würde eines Doctor rerum politicarum

vorgelegt von

KUNO WALTER ROHRER
von Münchenbuchsee (BE)

Juris Druck + Verlag Zürich
1979

Die Fakultät hat diese Arbeit am 5. Juli 1979 auf Antrag von Prof. Dr. iur. Christoph von Greyerz als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

ISBN 3 260 04683 6

Meiner Frau
und
meinen Eltern

An dieser Stelle sei Herrn Prof. Dr. Ch. von Greyerz für die Mithilfe bei der Auswahl des Themas, sowie für die Freiheit, die er mir bei der Ausgestaltung der vorliegenden Arbeit gewährt hat, bestens gedankt.

VORWORT

Das Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, dem eiligen Leser und Praktiker eine möglichst umfassende und aktuelle Antwort auf Rechtsfragen in bezug auf die aktienrechtliche Anfechtungsklage zu geben.

In dieser Zielsetzung findet sich auch die Begründung für die starke Anlehnung der Arbeit an die Literatur und Rechtssprechung und die Unterlassung umfassender rechtstheoretischer Abhandlungen. Um das Auffinden der Antworten zu gesuchten Rechtsfragen zu erleichtern wurde der Inhalt der vorliegenden Arbeit stark gegliedert und teilweise mit gewollten Wiederholungen versehen. Unumgänglich blieb eine knappe Darstellung möglicher Verbesserungen de lege ferenda, um aufzuzeigen, wohin eine allfällige Rechtsentwicklung verlaufen könnte.

Allfällige Vorwürfe, aus einem elften und zwölften Buch ein dreizehntes gemacht zu haben, möchten wir mit dem Hinweis entgegentreten, dass es unseres Wissens keine Arbeit über das vorliegende Thema gibt, die unserer Zielsetzung gerecht würde; zumindest nicht in deutscher Sprache.

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort

Abkürzungsverzeichnis

Literaturverzeichnis

Verzeichnis über Entscheide des Bundesgerichts

Verzeichnis über Entscheide kantonaler Gerichte

Kapitel I DAS ANFECHTUNGSRECHT 1

1. Entstehungsgeschichte des Anfechtungsrechts 1

2. Funktion und Notwendigkeit des Anfechtungsrechts 2

3. Rechtsnatur des Anfechtungsrechts 3

3.1 Statutarische Erweiterung des Anfechtungsrechts 4

3.2 Statutarische Verengung des Anfechtungsrechts 4

3.3 Statutarische Erschwerung der Ausübung des Anfechtungsrechts 5

4. Gegenstand des Anfechtungsrechts 5

4.1 Generalversammlungsbeschlüsse, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen 5

4.1.1 Beschlüsse von Sonderversammlungen 6

4.1.2 Negative Beschlüsse 7

4.1.3 Generalversammlung per Telefon 8

4.2 Verwaltungsratsbeschlüsse sind nicht anfechtbar 8

4.2.1 Andere Rechtsbehelfe 10

4.2.2 Abgrenzung zwischen der Verantwortlichkeitsklage und der Anfechtungsklage 11

4.3 Beschlüsse anderer Organe sind nicht anfechtbar 13

Kapitel II ABGRENZUNG DER NICHTIGKEIT ZUR ANFECHTBARKEIT 15

1. Nichtigkeit wird als Rechtsfolge im Aktienrecht nicht genannt 15

2. Nichtigkeit von GVB - Gefahr für die Rechtssicherheit 16

3. OR 19/20 ist lex generalis zu OR 706 17

4. Zweck und Notwendigkeit der Abgrenzung zwischen der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit 17

5. Rechtsfolgen bei Mängeln im Inhalt eines Generalversammlungsbeschlusses 19

5.1 Keine Nichtigkeit bei Verstoss gegen die Statuten 19

5.1.1 Begriff der Statuten 19

5.1.2 Begründung 20

5.2 Keine Nichtigkeit bei Verstoss gegen dispositives Recht 20

5.3 Keine Nichtigkeit bei Verstoss gegen zwingendes Recht im privaten Interesse 21

5.4 Nichtigkeit bei Verstoss gegen zwingendes Recht im öffentlichen Interesse 22

5.4.1 Nichtigkeit bei Verstoss gegen Normen, die das Wesen der AG wesentlich bestimmen 23

5.4.1.1 Nichtigkeit wegen Aenderung der grundlegenden Organisation der AG 24

5.4.1.2 Nichtigkeit wegen Uebertragung der Kompetenzen der GV an andere Organe 24

5.4.1.3 Nichtigkeit wegen Erleichterung der gesetzlich geforderten qualifizierten Mehrheit 25

5.4.1.4 Nichtigkeit wegen Einführung der persönlichen Haftung oder der Nachschusspflicht 26

5.4.1.5 Nichtigkeit wegen Verstoss gegen Normen zur Erhaltung des Grundkapitals 26

5.4.1.6 Nichtigkeit wegen eines generellen Entzuges von unverzichtbaren Rechten 27

5.5 Nichtigkeit wegen Unmöglichkeit 28

5.5.1 Nichtigkeit wegen eines Eingriffs in Drittrechte 29

5.6 Nichtigkeit wegen Verstoss gegen die guten Sitten 31

6. Rechtsfolgen bei Verletzung von Formvorschriften zur Einberufung einer Generalversammlung oder zur Fassung eines Generalversammlungsbeschlusses 31

6.1 Rechtsfolge bei Verstoss gegen Formvorschriften, auf deren Einhaltung verzichtet werden kann 32

6.2 Nichtigkeit bei Verstoss gegen Formvorschriften, auf deren Einhaltung nicht verzichtet werden kann 36

7. Zusammenfassung 39

8. Nichtigkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen 40

9. Geltendmachung der Nichtigkeit 41

9.1 Beachtung der Nichtigkeit von Amtes wegen 41

9.1.1 Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers 42

9.2 Geltendmachung durch Feststellungsklage 43

9.2.1 Aktivlegitimation 43

9.2.2 Passivlegitimation 44

9.2.3 Wirkung des Urteils 44

9.3 Berufung auf Nichtigkeit 44

9.4 Keine Frist zur Geltendmachung 45

9.4.1 Grenzen der Geltendmachung: Verstoss gegen Treu und Glauben oder Rechtsmissbrauch 45

10. Wirkung der Nichtigkeit 45

10.1 Keine Heilung der Nichtigkeit durch Zeitablauf 46

10.2 Heilung der Nichtigkeit durch einen Handelsregistereintrag ist nur ausnahmsweise zuzulassen 46

Kapitel III ANFECHTUNGSGRUENDE 49

1. Verstoss gegen das Gesetz 49

1.1 Verstoss gegen explizite Norm 50

1.1.1 Keine Anfechtbarkeit, wenn die Gesetzesverletzung für das Zustandekommen des GVB nicht kausal war 50

1.1.1.1 OR 691 III 51

1.2 Verstoss gegen wohlerworbene Rechte 52

1.2.1 Rettungsversuch für das System der wohlerworbenen Rechte 53

1.2.2 Ablehnung des Systems der wohlerworbenen Rechte 54

1.2.3 Anfechtbarkeit wegen eines Verstosses gegen absolut zwingende Rechte des Aktionärs im Einzelfall 55

1.3 Verstoss gegen das Rechtsmissbrauchsverbot 56

1.3.1 Minderheitenschutz im Konzernzusammenhang 59

1.4 Verstoss gegen allgemeine ungeschriebene Grundsätze des Aktienrechts 59

1.4.1 Verstoss gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung 59

1.4.1.1 Rechtstheoretische Herleitung bzw. Begründung 60

1.4.1.2 Verhältnis des Grundsatzes zu ZGB 2 61

1.4.1.3 Bedeutung und Inhalt des Grundsatzes 61

1.4.1.4 Der Begriff des Gesellschaftszweckes 62

1.4.1.5 Der Begriff "Interesse des Aktionärs" 63

1.4.1.6 OR 706 II; Konkretisierung des Verstosses gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung 63

1.4.1.7 Würdigung des Grundsatzes der Gleichbehandlung 65

1.4.2 Die Treuepflicht wird vom Bundesgericht nicht anerkannt 65

1.4.3 Das Gebot der schonenden Rechtsausübung wird vom Bundesgericht nicht anerkannt 67

2. Verstoss gegen die Statuten 68

3. Zusammenfassung 69

Kapitel IV PROZESSUALES 71

1. Aktivlegitimation 71

1.1 Aktionär 71

1.1.1 Aktionär mit Inhaberaktie 71

1.1.2 Aktionär mit Namenaktie 71

1.1.2.1 Aktivlegitimation bei einer Spaltung der Aktionärsrechte 72

1.1.3 Aktionär ohne Aktienzertifikat 73

1.1.4 Keine Aktivlegitimation des Nicht-Mehr-Aktionärs 73

1.1.5 Noch-Nicht-Aktionär bei der Beschlussfassung 73

1.1.6 Aktivlegitimation bei der Legitimationsübertragung oder fiduziarischer Eigentumsübertragung 74

1.1.7 Gesetzliche Vertreter 75

1.1.7.1 Ehemann 75

1.1.7.2 Andere gesetzliche Vertreter 75

1.2 Aktivlegitimation bei Bestehen von beschränkt dinglichen Rechten 76

1.2.1 Nutzniesser 76

1.2.2 Keine Aktivlegitimation für Pfandgläubiger 76

1.3 Aktivlegitimation bei gemeinschaftlichem Aktieneigentum 76

1.4 Nicht aktivlegitimiert sind Genussscheininhaber und Partizipant 77

1.5 Nicht aktivlegitimiert sind die Gläubiger 77

1.6 Verwaltung 78

1.6.1 Aktivlegitimation der gesetzlichen Liquidatoren 79

1.7 Keine Aktivlegitimation der Kontrollstelle 80

1.8 Keine Aktivlegitimation für die Direktion 80

2. Weitere Klagevoraussetzungen 81

2.1 Das Anfechtungsinteresse 81

2.1.1 Das Anfechtungsinteresse des Aktionärs 82

2.1.2 Das Anfechtungsinteresse der Verwaltung 82

2.1.3 Verlust des Anfechtungsinteresses bei Ersetzen des anfechtbaren Beschlusses durch einen neuen 83

2.2 Nichtzustimmung zum Beschluss 83

2.3 Die Teilnahme an der GV ist keine Klagevoraussetzung 85

2.4 Ein Fusionsbeschluss bleibt trotz des Handelsregister-eintrags anfechtbar 85

3. Die Klage 86

3.1 Das Klagebegehren 86

3.1.1 Form des Klagebegehrens 86

3.1.2 Inhalt des Klagebegehrens 86

3.1.3 Klagekombination 87

3.1.4 Nebenintervention 89

3.1.4.1 Voraussetzungen der Nebenintervention 89

3.1.4.2 Stellung des Nebenintervenienten 90

3.2 Beweisführungslast und Beweislast 91

3.3 Gültigkeit des GVB bis zum Urteil 92

3.4 Einstweilige Verfügung 92

3.4.1 Einspruch gegen eine Eintragung beim Handelsregisterführer 95

3.5 Gründung einer Gesellschaft zur Klageanhebung 95

3.6 Eine Kaution braucht vom Kläger nicht gestellt zu werden 96

4. Passivlegitimation 97

4.1 Vertretung bei Klage durch die Verwaltung 97

4.2 Vertretung bei Klage eines Verwaltungsratsmitgliedes in der Eigenschaft als Aktionär 98

5. Zuständigkeit 99

5.1 Oertliche Zuständigkeit 99

5.1.1 Gerichtsstand bei Sitzverlegung 100

5.1.2 Gerichtsstand bei Fusion 100

5.1.3 Gerichtsstand der Zweigniederlassung ist ohne Bedeutung für die Anfechtungsklage 101

5.2 Sachliche Zuständigkeit 101

5.2.1 Schiedsgericht 101

5.2.1.1 Voraussetzungen, damit ein Schiedsgericht angerufen werden kann 102

5.2.1.2 Begründung für die Zulässigkeit eines Schiedsgerichts zur Beurteilung einer Anfechtungsklage 103

5.2.1.3 Voraussetzungen für die Gültigkeit des Schiedsgerichtsurteils bzw. Verfahrens 105

5.2.1.4 Schiedssprüche sind einem Urteil eines kantonalen Gerichts gleichgestellt 106

5.2.1.5 Vorteile der Beurteilung durch ein Schiedsgericht 106

5.2.1.6 Nachteile der Beurteilung durch ein Schiedsgericht 107

6. Frist 108

6.1 Rechtsnatur der Frist 108

6.2 Innehaltung der Frist 108

6.3 Wirkung des Fristablaufs 111

7. Urteil 112

7.1 Rechtsnatur des Urteils 112

7.2 Beschränktes richterliches Eingriffsrecht 112

7.2.1 Positive Gestaltungs- oder Leistungsurteile als Ausnahme 112

7.2.2 GV verweigert neue Beschlussfassung 114

7.3 Wirkung der gutgeheissenen Klage 115

7.3.1 Wirkung des Urteils für die Verwaltung 116

7.3.2 Wirkung des Urteils für die Aktionäre 116

7.3.3 Wirkung des Urteils für Dritte 117

7.3.4 Wirkung des Urteils für den Handelsregisterführer 117

7.4 Wirkung der Abweisung der Klage 117

8. Streitwertberechnung 118

Kapitel V ANDERE RECHTSBEHELFE 121

1. Klage auf Schadenersatz 121

1.1 Klage auf Schadenersatz der Minderheit gegen die Mehrheit 121

1.1.1 Verhältnis der Schadenersatzklage der Minderheit gegen die Mehrheit zur Anfechtungsklage 122

1.2 Keine Klage auf Schadenersatz der Minderheit gegen die Gesellschaft 123

1.3 Klage auf Schadenersatz der Mehrheit gegen die Minderheit wegen Missbrauchs des Anfechtungsrechts 124

1.4 Klage auf Schadenersatz gegen die Verwaltung 124

1.4.1 Aktivlegitimation 126

1.4.1.1 Keine Aktivlegitimation der Gesellschaft 126

1.4.1.2 Aktivlegitimation des Aktionärs 126

1.4.1.3 Aktivlegitimation der Gläubiger 127

1.4.2 Beweislastverteilung 127

1.4.3 Streitwertberechnung 128

1.4.4 Klagefrist 128

1.4.5 Verhältnis der Schadenersatzklage gegen die Verwaltung zur Anfechtungsklage 128

2. Verkauf der Aktie -- Jedoch kein Austrittsrecht 129

2.1 Erfüllungsklage gegenüber der AG bei Verweigerung der Zustimmung zur Uebertragung von Namenaktien 130

2.2 Vertragliche Sicherstellung einer Verkaufsmöglichkeit zu reellen Bedingungen 130

3. Klage auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen 132

3.1 Verhältnis der Auflösungsklage zur Anfechtungsklage nach neuester Rechtssprechung 132

3.1.1 Konsequenz der Rechtssprechung 133

3.2 Verhältnis der Auflösungsklage zur Anfechtungsklage nach alter Rechtssprechung und der Literatur 134

3.3 Begründung der Subsidiaritätsbeziehung 135

3.4 Aktivlegitimation 135

3.5 Passivlegitimation 136

3.6 Der wichtige Grund im Sinne von OR 736 Ziff. 4 136

3.7 Klagefrist 138

3.8 Wirkung des Urteils 138

4. Berufung auf Willensmangel ohne Anfechtungsklage genügt nicht 138

Kapitel VI WUERDIGUNG DES ANFECHTUNGSRECHTS 140

1. Kritische Würdigung der Situation heute 140

1.1 Streitwertberechnung 140

1.2 Betonung des Mehrheitsprinzips und Beschränkung des richterlichen Eingriffsrechts 141

1.3 Keine eindeutigen Schranken der Mehrheitsmacht und Schwierigkeiten des Abschätzens des Prozessausgangs 142

1.4 Beweisführungslast 143

1.5 Das Recht, die Mitglieder der Verwaltung abzuberufen 143

1.6 Interessenabwägung des Bundesgerichts - Betonung der Gesellschaftsinteressen 144

1.7 Kurze Anfechtungsfrist 145

1.8 Prophylaktische Wirkung von OR 706 145

2. Mögliche Verbesserungen de lege ferenda 146

2.1 Richterliche Kostenverteilung 146

2.2 Erweiterung der richterlichen Kognitionsbefugnis 147

2.3 Verankerung der allgemeinen Grundsätze im Aktienrecht und Konkretisierung ihres Inhalts 148

2.3.1 Anerkennung des Grundsatzes der schonenden Rechtsausübung 149

2.3.1.1 Herkunft des Grundsatzes und Verhältnis zu ZGB 2 150

2.3.1.2 Inhalt des Grundsatzes 151

2.4 Verbesserung der Aktionärsinformation 153

2.5 Forderungen der Literatur an die Methode der Interessenabwägung 154

2.6 Einführung eines Austrittsrechts ist kein gangbarer Weg 156

2.7 Keine Verlängerung der Anfechtungsfrist 157

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

A.	Auflage
a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AG	Aktiengesellschaft
AktG.	deutsches Aktiengesetz vom 6. Sept. 1965
a.M.	anderer Meinung
Anh.	Anhang
a.P.	alte Praxis
Art.	Artikel
AS	Eidgenössische Gesetzessammlung. Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen.
Bd.	Band
bes.	besonders
BG	Bundesgesetz
BGr.	Bundesgericht
BGE	Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichtes
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BTJP	Berner Tage für die juristische Praxis
BZP	BG über den Bundeszivilprozess vom 4. Dez. 1947
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E	Erwägung
Einl.	Einleitung
ev.	eventuell
ff	und folgende (Seiten, Artikel, Noten usw.)
FN	Fussnote
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GV	Generalversammlung
GVB	Generalversammlungsbeschluss
HReg	Handelsregister
HRegV	Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937
insbes.	insbesondere
JT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
Konk.	Gesetz betreffend den Beitritt des Kantons Bern zum Konkordat vom 27. März 1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit
Lit.	Literatur
lit.	litera = Buchstabe
MS	Maschinenschrift
N	Note
NF	Neue Folge

n. P.	neue Praxis
Nr.	Nummer
NR	Nationalrat
n. v.	nicht veröffentlicht
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
Pr	Praxis des Bundesgerichts
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria (Bellinzona)
RGE	Entscheidungen des deutschen Reichsgerichtes in Zivilsachen
S.	Seite
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
Sem. jud.	La semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
StenBull.	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung; seit 1967: Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
StR	Ständerat
vgl.	vergleiche
VW	Verwaltung
VR	Verwaltungsrat
VRB	Verwaltungsratsbeschluss
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dez. 1907
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtssprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweiz. Recht
ZWR	Zeitschrift für Walliser Rechtssprechung

LITERATURVERZEICHNIS

BAER ROLF, Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, in: ZBJV 95 (1959) 369ff.

- Aktuelle Fragen des Aktienrechts, in: ZSR NF 85 (1966) II 321ff.

- Partizipationsscheine, in: SAG 48 (1976) 107ff.

BEER MAX, Der Minderheitenschutz im Aktienrecht, Diss. Bern 1944

BERGIER JEAN, L'abus de majorité dans les sociétés anonymes, Diss. Lausanne 1933

BERTSCH WILFRIED, Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, Diss. Zürich 1946

BIBER EGON, Die Stimmrechtsaktie, Diss. Zürich 1940

BRATSCHI P./BRINER R., Bemerkungen zum Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit, in: SJZ 72 (1976) 101ff. (zit. Bratschi)

VON BUEREN BRUNO, Zur Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, in: SAG 22 (1949/50) 149ff.

- Verjährung und Verwirkung im Zivilrecht, in: SJZ 45 (1949) 369ff.

BUERGI WOLFHART F., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. V/5b: Die Aktiengesellschaft (Art. 660ff. OR), Zürich 1957ff.

- Die Bedeutung der tragenden Ideen des schweizerischen Aktienrechts in der Gegenwart, in: Festschrift für WALTER HUG S. 273ff., Bern 1968 (zit. Bürgi (Hug))

- Bedeutung und Grenzen der Interessenabwägung bei der Beurteilung gesellschaftsrechtlicher Probleme, in: Etudes de droit commercial en l'honneur de PAUL CARRY S. 1ff., Genève 1964 (zit. Bürgi (Carry))

- Das Problem des Minderheitenschutzes im schweizerischen Aktienrecht, in: SAG 29 (1956/57) S. 81ff.

- Revisionsbedürftige Regelungen des schweizerischen Aktienrechts, in: SAG 38 (1966) 57ff.

BURKHART WALTER, Einführung in die Rechtswissenschaft, Zürich 1939

EGGER AUGUST, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. 1, Einleitung und Personenrecht, 2.A., Zürich 1930

- Schranken der Majoritätsherrschaft im Aktienrecht, in: ZSR NF 45 (1926) 1ff.

EHRBAR MAX, Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen nach ungeschriebenem Recht, Diss. Zürich 1941

ENSSLIN RICHARD, Das Recht auf Anfechtung gesetz- oder statutenwidriger Generalversammlungs-Beschlüssen der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1929

FELBER R., Die Direktion der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1949

FELDMANN HANS, Beschluss und Einzelstimme im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Diss. Bern 1954

FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage, Zürich 1978, (zit. Forstmoser VAK)

- Kantonale Rechtssprechung, in: SAG 47 (1975) 104ff.

FORSTMOSER P./MEIER-HAYOZ A., Einführung in das schweizerische Aktienrecht, Bern 1976 (zit. Forstmoser)

FREI URS G., Nichtige Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1961

FROMER LEON, Die Treuepflicht des Aktionärs, in: ZSR NF 58 (1939) 210ff.

FUNK FRITZ, Kommentar des Obligationenrechtes Bd. II, Das Recht der Gesellschaften, Aarau 1951

GAMMA RUDOLF, Die persönlichen Mitgliedschaftsrechte in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss. Bern 1944

GERWIG MAX, Schweizerisches Genossenschaftsrecht, Bern 1957

GOLDSCHMIDT ROBERT, Grundfragen des neuen schweizerischen Aktienrechts, St. Gallen 1937

VON GREYERZ CHRISTOPH, Der Schutz der Minderheit in der Aktiengesellschaft de lege feranda, in: SJZ 72 (1976) 53ff.

GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. A., Zürich 1972

GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich 1958

HAGMANN EUGENIE, Die Vertretung der Aktien in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1951

HAGMANN WERNER, Das Mitwirkungs- und Eingriffsrecht des Richters im Bereiche der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1939

HAYMANN ERIC, Der Minderheitsaktionär in der kleinen AG, in: SAG 46 (1974) 17ff.

- Aktienübernahmevereinbarung zwischen Mehrheits- und Minderheitsaktionär, Diss. Zürich 1973 (zit. Diss.)

HEROLD HANS, Zwingendes Aktienrecht, Diss. Zürich 1931

HERREN K. W., Statutarische Berechtigungen zum Erwerb von Aktien und GmbH Anteilen, Bern 1973

HEYMANN ERNST, Die Haftung der Aktionäre und Dritter, Separatabdruck aus der Festschrift zum 70. Geburtstag von CARL WIELAND, Basel 1934 (zit. Heymann E. (Wieland))

HIRSCH ALAIN, La cession du contrôle d'une société anonyme: responsabilité des administrateurs envers les actionnaires, in: Festgabe zum 70. Geburtstag von W. F. BUERGI, S. 183ff. Zürich 1971 (zit. Hirsch (Bürgi))

- La protection des actionnaires minoritaires "de lega ferenda", in: SAG 50/2 (1978) 65ff.

HOCHHEUSER KURT, Minderheitenschutz in der Aktiengesellschaft nach deutschem und schweizerischem Recht, Diss. Bonn 1967

HUBER EMANUEL, Zur Frage der Aktionäreigenschaft des Verwaltungsratsmitgliedes, in: SJZ 34 (1937/38) 35.

JAEGGI PETER, Besprechung Diss. W. R. Schluep, in: ZSR NF (1956) I 103ff.

- Die Immobilien-Aktiengesellschaft, in: SAG 46 (1974) 145ff.

JAGMETTI CARLO, Die Nichtigkeit von Massnahmen der Verwaltung in der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1958

JANGGEN A./BECKER H., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. VII/3: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR), Bern 1939

JOLIDON PIERRE, Action en annulation des décisions de l'assemblée générale, ou action en responsabilité contre les administrateurs?, in: Festgabe zum 70. Geburtstag von WOLFHART F. BUERGI, Zürich 1971

- Problèmes de structure dans le droit des sociétés, in: ZSR 87 NF (1968) II 427ff.

KOECHLIN SAMUEL, Schutz der Rechte der Minderheit im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Basel 1949 (MS)

KOHLER FRANCOIS, Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Verwaltung in der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1950

KUMMER MAX, Berner Kommentar, Einleitungsband (ZGB 1-10), Bern 1966

- Grundriss des Zivilprozessrechts, 3.A., Bern 1978 (zit. Kummer ZPR)

- Rechtssprechung des BG, in: ZBJV 107 (1971) 218ff.

- Rechtssprechung des BG, in: ZBJV 111 (1975) 137ff.

- Das genehmigte Kapital, in: BTJP 1972, S. 89ff.

LEUCH GEORG, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons Bern, 3.A. 1956

MANDEL ROLAND, Die richterliche Interessenabwägung in der Frage des aktienrechtlichen Minderheitenschutzes, Diss. St. Gallen 1973

MEIER-HAYOZ A./FORSTMOSER P., Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 2.A., Bern 1976 (zit. Meier-Hayoz)

MEIER-HAYOZ A./ZWEIFEL M., Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung im Gesellschaftsrecht, in: Festschrift zum 65. Geburtstag von HARRY WESTERMANN, Karlsruhe 1974, S. 383ff. (zit. Meier-Hayoz/Zweifel)

MEIER-WEHRLI JOERG, Die Verantwortlichkeit der Verwaltung der AG bzw. einer Bank gemäss Art. 754ff. OR/ 41ff. BkG, Diss. Zürich 1968

MENGIARDI PEIDER, Statutarische Auflösungsgründe im Recht der Aktiengesellschaft, in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von WOLFHART F. BUERGI, S. 265ff., Zürich 1971 (zit. Mengiardi (Bürgi))

- Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts, in: ZSR NF 87 (1968) II 1ff.

MERZ HANS, Berner Kommentar, Bd. I,1: Art. 1-10. Kommentar zum Art. 2, Bern 1962

MIJALKOVIC VLADIMIR, Die wirtschaftliche und rechtliche Stellung des Kleinaktionärs, Diss. Bern 1941

MOHR, J.P., Die Abgrenzung der Befugnisse der Generalversammlung und des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1948

NENNINGER JOHN, Der Schutz der Minderheit in der Aktiengesellschaft, Diss. Basel 1969

- Einige Ueberlegungen zum Schutz der Minderheit in der Aktiengesellschaft, in: SAG 47 (1975) 135ff.

NOBEL PETER, Aktienrechtliche Entscheide, Bern 1976

OBERLE MAX, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit des polizeilichen Angriffes, Diss. Zürich 1952

OESCH FRANZ, Der Minderheitenschutz im Konzern nach schweizerischem und amerikanischem Recht, Diss. Bern 1971

OFTINGER KARL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 4.A., Zürich 1975

OKUR YIGIT TAHSIN, L'action en annulation des décisions de l'assemlée générale des actionnaires dans la société anonyme, Diss. Genève 1965

OTTOMANN RUDOLF, Die Aktiengesellschaft als Partei im schweizerischen Zivilprozess, Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht Bd. 21, Zürich 1976

PATRY ROBERT, L'égalité des actionnaires dans la société anonyme, in: Sem.jud. 85 (1963) 81ff.

- La nullité des décisions des organes sociaux dans la société anonyme, in: Mélanges Roger Secrétan, Recueil de travaux publiés par la faculté de droit de l'Université de Lausanne, Lausanne 1964 (zit. Patry (Secrétan))

PATRY ROBERT, L'action en annulation des décisions de l'assemblée générale, in: Troisième journée juridique 12 octobre 1963, Mémoires publiés par la faculté de droit Genève No 19, Genève 1964 (zit. Patry (annulation))

- Kommentar zum BGE 95 II 55, in: SAG 46 (1974) 38ff.

PELLI FULVIO, Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung als Schranke der Ermessensfreiheit der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1978

PEYER RUDOLF, Nichtige und anfechtbare Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1944

PLANGG URS, Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen einer Aktiengesellschaft durch die Verwaltung, Diss. Zürich 1960

PUGATSCH SIGMUND, Der Austritt des Aktionärs aus der personenbezogenen Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1976

REICHWEIN HEINZ, Bemerkungen zu "Vom Minderheitenschutz bis zur Machtkontrolle aus öffentlichem Interesse im Aktienrecht", in: SJZ 70 (1974) 201ff.

RULF HASSO, Der Minderheitenschutz im schweizerischen und im deutschen Aktienrecht unter der Berücksichtigung des Regierungsentwurfes zur grossen deutschen Aktienreform, Diss. Basel 1961 (MS)

SCHAFFNER JAKOB, Die Grenzen der Vertragsfreiheit und Treu und Glauben in den Beschlüssen der Generalversammlung, Diss. Bern 1940

SCHETT ALFRED, Stellung und Aufgabe der Verwaltung einer AG bei der Durchführung der ordentlichen GV, Reihe Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 9, Zürich 1977

SCHLUEP WALTER R., Schutz des Aktionärs auf neuen Wegen?, in: SAG 33 (1960/61) 137ff., 170ff., 188ff.

- Anfechtungsrecht und Schutz des Aktionärs, in: SJZ 54 (1958) 209ff.

- Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. St. Gallen 1955

SCHUCANY EMIL, Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, 2. A., Zürich 1960

SCHUCANY EMIL, Stimmrechtsfragen, in: SAG 30 (1957/58) 259ff.

SIEGWART ALFRED, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. V/5a: Die Aktiengesellschaft (Art. 620-659 OR), Zürich 1945

- Die Anfechtung von Beschlüssen der Verwaltung einer Aktiengesellschaft, in: SJZ 39 (1942/43) 421ff.

SONTAG, Einzelfragen aus dem Handelsgesellschaftsrecht, in: SAG 23 (1950/51) 80f.

SPIESS ARNOLD, Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung der Aktionäre, Diss. Zürich 1940

STAUFFER W., Dürfen Schiedsgerichte Anfechtungsklagen nach Art. 706 OR beurteilen?, in: SJZ 43 (1947) 213ff.

STEBLER O., Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, Diss. Freiburg 1944

STEHLI MARTIN, Aktionärsschutz bei Fusionen, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Zürich 1975

VON STEIGER FRITZ, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4.A., Zürich 1966

- Fiduziarischer Aktienbesitz, Gebrauchsleihe, Legitimationsübertragung und Aktienbuch, in: SAG 35 (1962/63) 42ff.

- Die Nutzniessung an Aktien, in: SAG 17 (1944/45) 49ff.

- Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen einer Aktiengesellschaft vor Schiedsgerichten, in: SAG 16 (1943/44) 167ff.

- Zur Auslegung von Art. 32, Abs. 2 HRegV, in: SAG 38 (1965) 29f.

VON STEIGER WERNER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. V/5c: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772-827 OR), Zürich 1965

- Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz, in: ZSR NF 62 (1943) 195a ff.

- Ueber die Verantwortungen des Hauptaktionärs, in: Festschrift für MAX GUTZWILLER S. 699ff., Basel 1959 (zit. W. v. Steiger (Gutzwiller))

STEINER E., Die gerichtliche Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung der Aktionäre, in: SAG 10 (1937/38) 131ff.

- Von den Sanktionen im Aktienrecht, in: SAG 12 (1939/40) 76

- Das Anfechtungsrecht der Verwaltung gegenüber Beschlüssen der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, in: SJZ 34 (1937/38) 35f.

- Inwieweit kann die Eintragung eines Generalversammlungsbeschlusses durch vorsorgliche Verfügung verhindert werden?, in: SAG 13 (1940/41) 14f.

- Aktiengesellschaft und Schiedsgericht, in: SAG 16 (1943/44) 58ff.

- Die Frist zur Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung, in: SAG 24 (1951/52) 95f.

- Die Wahrung der Frist zur Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung, in: SAG 30 (1957/58) 66ff.

STOCKMANN HEINRICH, Zum Problem der Gleichbehandlung der Aktionäre, in: Festgabe für WOLFHART F. BUERGI, S. 405ff., Zürich 1971

STRUB ARMIN, Die Ungültigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1962

SUTER JUERG, Die Fusion von Aktiengesellschaften im Privatrecht und Steuerrecht, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft 254, Zürich 1966

TAPPOLET KLAUS, Schranken konzernmässiger Abhängigkeit im schweizerischen Aktienrecht, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft 414, Zürich 1973

TERCIER PIERRE, La dissolution de la société anonyme pour justes motifs (art. 736 ch. 4 CO), in: SAG 46 (1974) 67ff.

USTERI/REIMANN, Kartothek zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 1940ff.

VISCHER F./RAPP F., Zur Neugestaltung des schweizerischen Aktienrechts, Bern 1968

WEBER HANS, Formelle Voraussetzungen statutenändernder Beschlüsse der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1953

WEHRLI ULRICH, Gleichmässige Behandlung der Aktionäre, in: SAG 16 (1943/44) 189ff.

- Der fehlerhafte Verwaltungsratsbeschluss einer Aktiengesellschaft, in: SJZ 40 (1944) 100ff.

WEISS GOTTFRIED, Die nicht entziehbaren Rechte des Aktionärs, in: SJZ 39 (1942/43) 513ff.

- Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht Bd. VII/2: Das Aktienrecht (Einleitung), Bern 1956 (zit. Weiss (Einl.))

WIELAND ALFRED, Die Rechte der Aktiengesellschaft und ihrer Gläubiger gegenüber den Aktionären im Falle rechtswidriger Bezüge aus dem Gesellschaftsvermögen, in: SJZ 46 (1950) 229ff.

- Kann nach Art. 699 OR ausser der Verwaltung auch die Kontrollstelle die Generalversammlung einer A.G. einberufen, wenn Aktionäre, welche den zehnten Teil des Grundkapitals vertreten die Einberufung verlangen?, in: SAG 24 (1951 52) 103ff.

WIELAND KARL, Handelsrecht Bd. II (zit. HR II), München/Leipzig 1931

WOHLMANN HERBERT, Die Treuepflicht des Aktionärs, Diss. Zürich 1967

ZIEGLER W., Die vorsorgliche Massnahme in der Zivilprozessgebung der schweizerischen Kantone, Zürich 1944

ZIMMERMANN H., Stimmrechtsaktien und ähnliche Rechtsgebilde, Zürich 1951

ZUMSTEIN JAQUES, Du caractère institutionnel de la société anonyme, Diss. Lausanne 1954

ZWEIFEL MARTIN, Fragen des Minderheitenschutzes in einem schweizerischen Konzernrecht, in: SAG 50/2 (1978) 91ff.

VERZEICHNIS UEBER ENTSCHEIDE DES BUNDESGERICHTS

Das Verzeichnis umfasst BGE, die unseres Erachtens im Zusammenhang mit der vorliegenden Arbeit von Bedeutung sind. Berücksichtigt wurden Entscheide bis Ende 1978. In bezug auf Anfechtungsprozesse ist das Verzeichnis seit in Kraft treten der Revision des OR von 1936 vollständig.

20 / 951	Betonung des Mehrheitsprinzips. Umfang der wohlerworbenen Rechte.
23 I 923	Das Vorgehen der Majorität muss für den angefochtenen Beschluss bzw. das Ergebnis der Abstimmung von Einfluss gewesen sein, ansonsten ist der GVB nicht anfechtbar.
23 II 1825	Berechnung und Verteilung des Reingewinnes. Tantieme. Dem Aktionär wurde ein wohlerworbenes Recht auf Innehaltung von Gesetz und Statuten zugebilligt.
25 II 130	Fusion. Verletzung der Vorrechte der Gründer. (nicht zit.)
25 II 832	Scheinübertragung von Aktien. Unzulässige Umwandlung des Gesellschaftszweckes. (nicht zit.)
26 II 418	Kapitalerhöhung. Wohlerworbenes Recht auf Beibehaltung der relativen Beteiligung verneint. (nicht zit.)
27 II 231	Anfechtung einer Bilanz. Streitwert. Aktiv- u. Passivlegitimation.
28 II 474	Recht des Aktionärs auf Dividende. Berechnung des Reingewinnes. Abschreibungen. (nicht zit.)
29 II 452	Anfechtung einer Verteilung des Reingewinnes. Befugnis der GV zur Reserveäufnung, auch wenn dies in Statuten nicht vorgesehen ist, dies aber für die Sicherstellung des Unternehmens erforderlich ist. Anspruch der Aktionäre auf Dividende. Feststellungsklage und Leistungsklage.

30 I 293	Als allgemeiner Gerichtsstand der AG gilt der Sitz der Gesellschaft. Bedeutung der Zweigniederlassung für den Gerichtsstand.
30 II 530	Statutenänderung. Recht des Aktionärs auf Dividende. (nicht zit.)
31 II 441	Rechte der Genussscheininhaber. Keine Aktivlegitimation in bezug auf die Anfechtungsklage. Teilnahme an der GV ist Klagevoraussetzung (a.P.).
35 II 100	Reingewinn, Tantieme, Reserven (nicht zit.)
41 II 534	Der Schiedsgerichtsvertrag untersteht dem kantonalen Prozessrecht.
41 II 610	Recht des Aktionärs auf Dividende. Verletzung dieses durch verschleierte Zuwendung an Dritte.
43 I 46	Innehaltung der Frist bei Erhebung der Klage bei einem Schiedsgericht.
45 I 296	Grundsätzlich ist die AG in der Wahl ihres Sitzes frei.
45 II 86	Auflösungsgründe: OR 545 Ziff. 7 und ZGB 77 sind auf die AG nicht anwendbar.
46 II 157	Zusicherung einer vom Jahresgewinn unabhängigen Dividende ist gleichzusetzen einer Verzinsung des Grundkapitals.
47 II 432	Abschreibungen und Recht auf Dividende. Voraussetzungen für das Vorhandensein eines Reingewinnes. Feststellung des Streitwertes.
49 II 380	Genossenschaft. Einführung einer persönlichen Haftpflicht.
50 II 496	Aufhebung eines GVB weil die Frist zur Einberufung der GV zu kurz angesetzt war. Auch wenn ein Aktionär, trotz der kurzen Frist, an der GV hätte teilnehmen können, bleibt er zur Anfechtung legitimiert.
51 II 65	Genossenschaft. Anfechtung einer Dechargeerteilung.

51 II 237	Verein. Anfechtungsfrist ist eine Verwirkungsfrist. Eine Nachfristansetzung gemäss OR 139 ist nicht möglich. (Vgl.: neue Praxis 61 II 41)
51 II 330	Die Wahl der Verwaltung kann statutarisch nicht einem anderen Organ oder einer ausserhalb der Gesellschaft stehenden Person oder Korporation übertragen werden. Eine solche Bestimmung wäre nichtig.
51 II 412	Begriff des handelsrechtlichen Reingewinns. Ein durch Herabsetzung des Grundkapitals freigewordener Betrag darf nicht als Dividende ausgeschüttet werden. (nicht zit.)
53 I 124	Die AG kann nur einen Hauptsitz zur Bestimmung des allgemeinen Gerichtsstandes haben.
53 II 25	Zur Bestimmung des Rückgriffsrechts im Zusammenhang mit einer Bürgschaft, wurde ausnahmsweise nicht auf die juristische Form der Gesellschaft, sondern auf das dahinter verborgene wirtschaftliche Verhältnis abgestellt.
53 II 42	ZGB 75 findet keine Anwendung auf Aktiengesellschaften. Aktivlegitimation zur Anfechtung. Besitz an einer Inhaberaktie ist kein Beweis für die Stimmberechtigung. Umgehung einer Stimmrechtsbeschränkung.
53 II 228	Anfechtungsrecht ist Ausfluss des Mitgliedschaftsrechts. Der Aktionär hat ein Recht auf gesetz- und statutengemässe Verwaltung. ZGB 75 ist auf AG nicht anwendbar, deshalb ist das Anfechtungsrecht unbefristet (a.P.).
53 II 250	Verstoss eines Gewinnverteilungsbeschlusses gegen die Statuten. Begriff des Reingewinnes. Kriterien für die Zulässigkeit von nicht in den Statuten vorgesehenen Reserven. Ausnahmsweise Ueberprüfung der Zweckmässigkeit des Beschlusses, da es um Prioritätsaktionäre ging.
54 II 19	Streitwertberechnung. Aktivlegitimation. Auskunftsrecht des Aktionärs. Substantiierungspflicht des Klägers. Abschreibungen und Reserveäuffnung. Das Eingreifen des Richters darf nur bei Willkür erfolgen.

55 II 100	Erweiterung des Geschäftsbereichs. Ein Statutenänderungsbeschluss ist vor dem HReg.-Eintrag schlechthin unwirksam. (Vgl. auch: 97 II 189; n.v. BGE 12.12.1968, in: JT 117 (1969) I 379 f)
56 I 358	Verfügungen in Handelsregistersachen haben keine materielle Rechtskraft.
56 I 364	Die AG ist in der Wahl ihres Sitzes frei.
56 III 233	Die Klagefrist ist gewahrt, wenn der Kläger innerhalb dieser den ersten Schritt zur Bestellung des Schiedsgerichts unternimmt.
59 I 239	Tumultuöse GV. Der HReg.-Führer ist nicht befugt, zu prüfen, ob die nachgesuchte Eintragung Rechte Dritter verletzt. Erlass einer provisorischen Verfügung. Aufschiebung der Eintragung. Fristansetzung durch das BG.
59 II 44	Einführung von Prioritätsaktien. Interessenabwägung. Mit der Erhaltung der Gesellschaft sind die Interessen der Gesellschafter am besten verwirklicht. Keine Verletzung der Gleichbehandlung.
59 II 264	Anfechtung einer Statutenänderung. Vertretungsrecht in der GV.
60 I 55	Kognitionsbefugnis der Registerbehörde. Sie ist nicht befugt, über die von den Vertragsparteien begründeten Rechtsverhältnisse irgendwelche Entscheidungen zu treffen.
60 I 380	Die GV, welche eine Statutenänderung beschloss, kann schon vor der Eintragung aufgrund dieser Beschlüsse und Wahlen vornehmen.
60 I 386	Bestätigung von 60 I 380.
61 II 148	Art. 139 OR ist auch auf die Verwirkungsfristen anwendbar. (Nachfristansetzung in einem Vaterschaftsprozess.)
62 I 22	Dem HReg.-Führer kommen keine richterlichen Befugnisse zu.
62 I 261	Kognitionsbefugnis des HReg.-Führers.

63 II 167 — Das Gesuch um Abhaltung einer Sühneverhandlung vor dem Friedensrichter oder Gerichtspräsidenten genügt auch dann, wenn das kantonale Prozessrecht diese Verhandlung bloss fakultativ vorsieht. (Vgl. n.P.: 74 II 15 u. 81 II 538)

64 II 150 — Legitimation zur Anfechtung des Auflösungsbeschlusses. Gläubiger ist nicht legitimiert. Nichtigkeitsklage setzt Wiedereintragung im HReg. voraus.

64 II 272 — Heilung eines Gründungsmangels durch HReg.-Eintrag.

BGE nach der Revision von 1936:

22.11.1939 — SAG 12 (1939/40) 176ff; SJZ 36 (1939/40) 275f: Kognitionsbefugnis des HReg.-Führers. Nur Nichtigkeit, nicht aber die Anfechtbarkeit, ist von Amtes wegen zu prüfen. Abgrenzung Anfechtbarkeit und Nichtigkeit. Nur zur Anfechtbarkeit führt: Wenn GV an einem anderen Ort und zu anderer Zeit abgehalten wurde, wenn nicht alle Traktanden auf der Einladung waren, wenn Antrag auf Sitzverlegung bzw. Statutenänderung nicht aufgelegen hat.

65 I 147 — Die Rückzahlung des Grundkapitals an die Aktionäre ist verboten. Das Grundkapital muss im Interesse der Gläubiger erhalten bleiben. Ein diesbezüglicher Beschluss wäre nichtig.

65 I 149 — Das freie Verfügungsrecht der GV über die Reserven ist unvereinbar mit OR 671.

65 II 225 — Rechte des Aktionärs hat nur, wer im Aktienbuch eingetragen ist. (Vgl. n.P.: 90 II 173)

66 II 43 — Positives Gestaltungsurteil in bezug auf Minderheitsvertretung im VR ist nicht möglich. Für die Streitwertberechnung ist das Gesamtinteresse der beklagten Gesellschaft massgebend.

66 II 147 — Beweislastverteilung nach ZGB 8 bei Beweis für das Nichtvorhandensein einer Tatsache.

67 I 111 — Kognitionsbefugnis des HReg.-Führers. Er kann nur dort einschreiten, wo die verlangte Eintragung offensichtlich und unzweideutig gegen das Gesetz verstösst.

67 I 262	Genossenschaft. Statuten mit dem Inhalt, dass Statutenänderungen nur mit der Zustimmung eines bestimmten Einzelmitgliedes oder eines Dritten gefasst werden können, sind nichtig.
67 I 342	Kognitionsbefugnis der Registerbehörden. Zirkulationsbeschlüsse sind nichtig.
67 II 148	Das BG ist nicht befugt, einen Schiedsspruch nachzuprüfen.
67 II 162	Klage auf Auflösung der Gesellschaft. Die Umschreibung der wichtigen Gründe bei den Personengesellschaften können für die AG nicht herbeigezogen werden. Zweck des Auflösungsrechts. Die Klage ist subsidiär.
68 III 89	Bestätigung von 63 II 167.
Sem. jud 65 (1943) 65	BGE 1. Juli 1942. Anfechtung eines Genossenschaftsbeschlusses.
69 II 118	Kollektivgesellschaft. Ausschliessung aus wichtigen Gründen. Der Passus "Richter" in OR 577 will nicht besagen, dass nur ein staatlicher Richter hierunter zu verstehen ist.
69 II 246	Kapitalherabsetzung. Grundsatz der Gleichbehandlung, als lex specialis zu ZGB 2 (vgl. neue Praxis: 102 II 265). Verlangt wird nicht eine absolute Gleichbehandlung. Ungleichbehandlung zugelassen, wenn sie sachlich gerechtfertigt ist.
69 II 313	Eintragung im Aktienbuch hat konstitutive Bedeutung. (Vgl. neue Praxis: 90 II 173) Legitimation zur Anfechtungsklage.
16.9.1944	SAG 17 (1944/45) 78 f: Kognitionsbefugnis des HReg.-Führers. Nur in Fällen der Nichtigkeit, ist er befugt, den Eintrag zu verweigern. Nicht zu prüfen braucht er die ordnungsgemässe Einberufung der GV, oder ob die an der GV teilgenommenen Personen Aktionäre waren.
70 II 63	Verein. Anfechtung eines Ausschlusses. Die Anfechtungsfrist ist eine Verwirkungsfrist.
71 I 383	Verein. Zirkulationsbeschlüsse sind nichtig. Beschlüsse einer Mitgliederversammlung, die von einer nichtzuständigen Person einberufen wurde sind nichtig.

71 II 176 — Schiedsklausel Genossenschaft. Ihre Gültigkeit beurteilt sich nach kantonalem Recht. Die Berufung ist nicht möglich. Schiedsgericht für die Beurteilung des Ausschlusses eines Mitgliedes wurde zugelassen.

71 II 277 — Umgehung einer Stimmrechtsbeschränkung. Für die Anfechtung aus OR 691 sind die tatsächlichen Verhältnisse in der GV massgebend.

72 I 86 — Urteil eines Schiedsgerichts, das Organ eines Vereins ist. Das Schiedsgericht muss eine unabhängige Rechtssprechung gewährleisten.

72 II 275 — Umgehung einer Stimmrechtsbeschränkung. Wird die Tochtergesellschaft derart von der Muttergesellschaft beherrscht, dass ihr dieser gegenüber keine selbständige Willensbildung mehr zukommt, so erscheinen die von der Tochter gehaltenen Aktien virtuell wie solche der Muttergesellschaft. Deshalb sind sie in deren GV vom Stimmrecht ausgeschlossen.

72 II 293 — Anfechtung einer Abnahme der Jahresrechnung wegen Verletzung des Dividendenanspruchs. Das Recht auf Dividende besteht nicht unbedingt. Es setzt einen Reingewinn voraus, über deren Verteilung die GV bestimmt. Erst wenn bei der Beschlussfassung Gesetz oder Statuten verletzt wurden oder bei der Handhabung der Bilanzierungsgrundsätze willkürlich vorgegangen wurde, ist das Recht auf Dividende verletzt.

74 II 14 — Konkretisierung der Voraussetzungen, damit die Anrufung des Sühnebeamten zur Wahrung einer bundesrechtlichen Klagefrist genügt. Verdeutlichung der Praxis.

74 II 41 — Die Teilnahme an der GV ist nicht Voraussetzung für die Ausübung des Anfechtungsrechts. Unterschied der Klagevoraussetzungen bei Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage.

75 I 322 — Kognitionsbefugnis der Registerbehörde. Sie hat nur dort einzuschreiten, wo die Gesetzesverletzung eine offensichtliche ist (Achtung: zu wenig genau vgl. n.v. BGE 16.9.1944). Materiellrechtliche Fragen zu entscheiden, bleiben dem Richter vorbehalten (Vgl.: 67 I 345f. und dort zit. Entscheide).

75 II 149	Anspruch des VR-Mitgliedes auf Tantieme ist ein vertraglicher Anspruch. Das Anfechtungsrecht steht dem einzelnen VR-Mitglied nur in seiner Eigenschaft als Aktionär zu. Das Anfechtungsinteresse ist beim Aktionär zu vermuten, denn er hat ein Interesse im Hinblick auf einen ordnungsgemässen Geschäftsgang, dass zweifelhafte Fragen auf dem Weg der gerichtlichen Klage abgeklärt werden können.
75 II 348	Der Aktienbucheintrag hat konstitutiven Charakter. (Vgl. n.P.: 90 II 172ff.)
76 I 87	Vereinsrecht. Die Vollstreckung eines Schiedsspruchs kann nur gefordert werden, wenn das Schiedsgericht eine unabhängige Rechtssprechung gewährleistet.
76 I 150	Die AG ist in der Wahl ihres Sitzes frei. Er braucht nicht mit dem Ort der Hauptgeschäftsstelle zusammen zu fallen.
76 II 51	Verwaltungsratsbeschlüsse können beim Richter nicht angefochten werden. Zulässigkeit der Erfüllungsklage für Verweigerung der Zustimmung zur Uebertragung von Namenaktien. Interessenabwägung. Massgebend ist das Gesellschaftsinteresse bzw. das Interesse aller Aktionäre.
76 II 233	Verwirkungsfrist. Es besteht ein öffentliches Interesse an der Einhaltung der Frist. Deshalb ist sie von Amtes wegen zu beachten.
78 II 369	Verbeiständung der Aktiengesellschaft.
78 III 33	Genossenschaft. Einführung der persönlichen Haftung. Fehlen des gesetzlichen Quorums. Folgen einer nicht ordnungsgemässen Einberufung der GV.
79 II 401	Der Grundsatz in ZGB 2 ist um der öffentlichen Ordnung Willen erlassen worden und ist deshalb von jeder Instanz von Amtes wegen zu beachten. Diese allgemeine Bestimmung ist jedoch nur auf Rechtsverhältnisse anwendbar, die dem Bundesrecht unterstehen.
80 I 385	Kognitionsbefugnis des Registerführers. Die Aufhebung eines GVB aufgrund von OR 706 kann nur durch Urteil, nicht aber durch einen gerichtlichen Vergleich erfolgen.

80 II 267 — Rechtsnatur des Verhältnisses Aktionär-Gesellschaft.

80 II 271 — Genossenschaft. GVB, die gegen die Statuten, nachgiebiges Gesetzesrecht oder zwingende Normen im privaten Interesse verstossen, sind anfechtbar und nicht nichtig.

81 I 394 — Verwaltung als Klägerin im Anfechtungsprozess. Prüfungsbefugnis der Registerbehörde. Sie hat keine sachliche Ueberprüfungsbefugnis. Aufhebung einer vorsorglichen Verfügung.

81 II 462 — Voraussetzungen für die Anfechtung von Bilanzgenehmigungsbeschlüssen. Anfechtungsklage ist nicht möglich in bezug auf einen Sachverhalt, der Gegenstand einer Verantwortlichkeitsklage sein kann.

81 II 534 — Voraussetzungen für die Fristenwahrung durch ein Sühnebegehren. Rechtsmissbräuchliche Stimmrechtsausübung zur Umgehung einer statutarischen Vinkulierungsbestimmung. Sofern nicht ein Umgehungsgeschäft vorliegt, ist jeder Aktionär befugt, seine Stimme nach Weisungen Dritter abzugeben. Zeitpunkt des Uebergangs der Mitgliedschaftsrechte auf den Käufer.

81 II 613 — Die Nichtigkeit tritt nur ein, "wenn die Verbots- oder Gebotsnorm es ausdrücklich oder nach Sinn und Zweck, d.h. nach der Bedeutung des zu bekämpfenden Erfolges verlangt".

82 II 129 — Bestätigung von 81 II 613.

82 II 148 — Wann ist die Entschädigung an die Verwaltung eine verschleierte Dividende? Kognitionsbefugnis des Richters.

82 II 216 — Ueberprüfungsbefugnis des Richters. Auskunftsrecht des Aktionärs. Das Gesellschaftsinteresse geht vor. Betonung des Mehrheitsprinzips. Das Dividendenrecht ist ein beschränkbares Recht.

82 II 587 — ZGB 691 III; Bestätigung von 74 II 14

83 II 57 — Die Aktiengesellschaft kann die Verwaltung für Handlungen und Unterlassungen, die ihre Generalversammlung in Kenntnis der Verhältnisse gewollt hat, nicht verantwortlich machen.

83 II 297	Mit der Spaltung der Rechte der Aktie gehen die Vermögensrechte und das Eigentum am Titel auf den Erwerber über.
84 II 34	Der GVB über die Sitzverlegung wird auch gegenüber den Aktionären erst mit der Eintragung ins HReg. wirksam.
84 II 44	Verhältnis der Anfechtungsklage zur Klage auf Auflösung der AG. Begriff der wichtigen Gründe.
84 II 424	Bestätigung von 81 II 613
84 II 550	Beschränktes richterliches Eingriffsrecht. Der Richter kann ein GVB nur soweit aufheben, als er gegen Gesetz oder Statuten verstösst. Kriterien, wann eine Entschädigung an den VR eine verschleierte Tantieme ist.
85 I 62	GmbH. Prüfungspflicht des HReg.-Führers. Der Tatbestand ist auch dann ins HReg. einzutragen, wenn sich darüber streiten lässt, ob er gegen das materielle Zivilrecht verstösst.
85 II 111	Ein Durchgriff auf den Alleinaktionär aufgrund von ZGB 2 rechtfertigt sich nur, wenn "Umstände vorliegen, unter denen ausnahmsweise die Anwendung bestimmter Normen gegen Treu und Glauben verstiesse".
85 II 525	Verein. Klagefrist ist eine Verwirkungsfrist und ist von Amtes wegen zu berücksichtigen. Kriterien zur Wahrung der Frist durch Anrufung des Sühnebeamten.
86 I 105	Prüfungspflicht des HReg.-Führers. Die Tatsache ist auch dann einzutragen, wenn sich darüber streiten lässt, ob ihn das materielle Zivilrecht gestattet.
86 II 78	Abschreibung des Aktienkapitals auf Null. Der Aktionär hat kein wohlerworbenes Recht auf Beibehaltung eines bestimmten Nennwertes. Innerhalb der Anfechtungsfrist müssen auch alle Anfechtungsgründe geltend gemacht werden.
86 II 95	In der Universalversammlung müssen alle Aktionäre anwesend sein, ansonsten ist der Beschluss anfechtbar.
86 II 159	Richterliche Kognitionsbefugnis der Angemessenheit einer Entschädigung an die Verwaltung.

86 II 165	Es ist rechtsmissbräuchlich, wenn der Aktionär an der Anfechtung eines Entlastungsbeschlusses festhält, obschon die GV diesen unter Zustimmung der Verwaltung aufgehoben hat.
86 II 389	Anfechtung einer Umwandlung des Vereinszweckes.
86 II 446	wie 81 II 613
87 II 249	Die Eintragung ins Aktienbuch bewirkt den Eigentumsübergang nicht, sondern setzt ihn voraus.
88 I 11	Anordnung einer vorsorglichen Massnahme. Lediglich Glaubhaftmachung des Anspruchs wird verlangt. Beweislastverteilung. Fristansetzung zur Anhebung eines ordentlichen Prozesses.
88 II 98	Aktionäre haben kein Recht auf Bezug von Aktien, die die Gesellschaft erworben hat und wieder veräussern will. Gleichbehandlungspflicht gilt nicht für Geschäfte, in denen die Aktionäre der Gesellschaft wie Dritte gegenübertreten.
89 II 304	Rückweisung der Klage wegen prozessualem Fehler, obschon die angehobene Klage binnen der angesetzten Frist erhoben wurde. (Bauhandwerkpfandrecht).
11.6.1963	ZR 62 (1963) 280. Ein Fehler in einer früheren Rechnung kann nicht mehr angefochten werden, wenn dies früher unterlassen wurde. Die Anfechtung ist selbst dann ausgeschlossen, wenn sich der Fehler in die spätere Rechnung übertragen hat. Voraussetzung ist natürlich, dass dieser Fehler nicht zur Nichtigkeit des Bilanzabnahmebeschlusses führt. Das Fehlen des Inventars hat je nach Umständen nicht die Aufhebung des Bilanzabnahmebeschlusses zur Folge. Ein Beschluss auf Nichtverteilung eines Reingewinnes ist nur bei Willkür anfechtbar.
24.9.1963	SAG 36 (1964) 130ff.: Schädigung der Minderheit wegen Zweckerweiterung verneint. Ob aus OR 706 II hergeleitet werden kann, dass jeder auf Schädigung der Minderheit gerichteter Beschluss rechtsmissbräuchlich sei, wurde offengelassen.
90 II 164	Veräusserung nicht voll einbezahlter Namenaktien. Der Eintrag im Aktienbuch wirkt nicht konstitutiv. Er bewirkt also den Uebergang des Eigentums an der Aktie nicht, sondern setzt ihn voraus.

90 II 235 Kauf vinkulierter Namenaktien. Was auf den abgelehnten Aktienerwerber übergeht sind lediglich die aus den mitgliedschaftsrechtlichen Vermögensrechten entstandenen Forderungsrechte.

91 I 360 Kognitionsbefugnis des HReg.-Führers.
Der HReg.-Führer darf die Eintragung eines GVB nur dann verweigern, wenn er inhaltlich oder formell gegen zwingendes Recht verstösst, das die Rechte Dritter oder das öffentliche Interesse schützen will.

91 II 298 Beschränkung der Bezugsrechte. Grundsatz der Gleichbehandlung. Die Ausrichtung einer Entschädigung an die Verwaltung aus dem Reingewinn ist eine Gewinnbeteiligung, die in den Statuten vorgesehen sein muss. Der Aktionär ist in seiner Tätigkeit ausserhalb der Gesellschaft frei und braucht auf die Interessen der anderen Aktionäre nicht Rücksicht zu nehmen. Der Aktionär kann sich daher auch als Konkurrent der Gesellschaft betätigen. Die AG ist reine Kapitalgesellschaft und der Aktionär zu nichts anderem verpflichtet als zur Leistung seiner Einlage.

92 II 243 Bilanzgenehmigungsbeschluss. Die Anfechtungsklage ist ausgeschlossen, wenn sich die Klage auf einen Sachverhalt bezieht, der Gegenstand einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Verwaltung sein kann. Eine Bilanz kann nur dann angefochten werden, wenn diese unter Verletzung von Gesetz oder Statuten aufgestellt wurde.

93 II 30 Ein GVB einer juristischen Person ist nichtig, wenn dieser in seinem Inhalt unmöglich oder widerrechtlich ist, oder gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit verstösst. Er kann auch nichtig sein, wenn er gegen zwingende formelle Vorschriften verstösst. Kasuistik.

93 II 393 Zweck von OR 706 ist es, die Minderheit gegen einen Machtmissbrauch der Mehrheit zu schützen, falls sich diese der Gesellschaft bedient, um Ziele zu erreichen, die dem Wohl der Gesellschaft zuwiderlaufen, Sonderinteressen den Vorrang vor den Interessen der Gesellschaft bzw. der Gesamtheit ihrer Mitglieder einräumt. Der Richter kann GVB nicht auf ihre Angemessenheit hin überprüfen und kann nur einschreiten, wenn der Beschluss den

Rahmen vernünftiger Ueberlegungen willkürlich überschreitet.
Ein GVB auf Ausgabe von Genussscheinen ist nicht anfechtbar, wenn er sich auf sachliche Gründe stützt und er mit einer überwältigenden Stimmenmehrheit gefasst wurde, weil er weder gegen das wohlerworbene Recht auf Gewinnbeteiligung, noch gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstösst.

12.12.1968 JT 117 (1969) I 377. Rechtfertigungsgründe für Ernennung eines Beistandes. Ein Beistand ist solange nicht nötig, als einer der zwei Verwaltungsräte noch fähig ist, die Gesellschaft zu vertreten; dies selbst dann, wenn seine Wahl vom anderen Verwaltungsratsmitglied angefochten wird.
Der HReg.-Eintrag der Wahl eines Verwaltungsrates hat nur deklaratorische Bedeutung.

95 II 157 Der Grundsatz der Gleichbehandlung hat nicht eine absolute Gleichbehandlung zum Inhalt. Ist die Ungleichbehandlung sachlich und ein angemessenes Mittel zur Erreichung eines gerechtfertigten Zweckes, dann ist sie zulässig. Dieser Grundsatz ist lex specialis zu ZGB 2 (neue Praxis: 102 II 265).
Beschränkte richterliche Kognitionsbefugnis. Veranschaulichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung.
Das Auskunftsrecht ist ein selbständiges Mitgliedschaftsrecht des Aktionärs.

95 II 532 wie 81 II 613

95 II 555 Die statutarische Einführung des Stichentscheids des Vorsitzenden der GV verstösst nicht gegen zwingendes Recht. Geltung des Stichentscheids. Richter darf die Angemessenheit der Beschlüsse nicht überprüfen und kann nur einschreiten, wenn diese willkürlich sind. Reingewinn wurde nicht in Form von Dividenden ausgeschüttet, sondern nach dem Willen den GV zur Aeuffnung der Reserven und anderen Zwecken verwendet.

96 II 18 Teilnahme eines Nichtaktionärs an der GV. Der Beschluss ist nicht nichtig, sondern nach OR 691 III anfechtbar. Letzteres aber auch nur, wenn das Mitwirken des unbefugten Teilnehmers den Beschluss überhaupt beeinflusst hat.

97 I 481 Erlass einer einstweiligen Verfügung. Voraussetzungen gemäss HRegV 32 II. Eine derartige Massnahme

rechtfertigt sich nur, wenn der anzuhebende Hauptprozess aufgrund der Glaubhaftmachungen des Gesuchstellers Aussicht auf Erfolg hat.

97 II 185 — Die einstweilige Verfügung richtet sich nach kantonalem Prozessrecht. Die Berufung ist deshalb nicht zulässig.

98 II 96 — Ein Aktionär, der einen Streit über die Verbindlichkeit eines Aktienkaufes ausnutzt, um mit seinen Minderheitsstimmen eine Kapitalerhöhung der Gesellschaft durchzuführen, verstösst gegen Treu und Glauben.

99 II 55 — GVB der das Grundkapital durch Ausgabe von neuen Namenaktien um ein Mehrfaches erhöht. Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung sowie Verstoss gegen ZGB 2, gegen das Recht auf Beteiligung am Reingewinn und auf Anteil am Liquidationsergebnis wurde verneint. Der Richter kann nur einschreiten, wenn die Mehrheit ihre Macht offensichtlich missbraucht.

99 II 176 — Schadenersatzpflicht eines Verwaltungsrates. "OR 722 I verpflichtet ihn zu aller Sorgfalt, nicht nur zur Vorsicht, die er in eigenen Geschäften anzuwenden pflegt."

100 II 384 — Die Verwaltung ist befugt, für Beschlüsse zu deren Fassung sie primär zuständig ist, die Genehmigung der GV einzuholen. Ein solches Vorgehen bedeutet kein Verstoss gegen die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung. Der Richter kann Angemessenheit eines GVB nicht überprüfen. Das Recht des Aktionärs auf Anteil am Reingewinn ist nicht verletzt, wenn die Gesellschaft aus sachlichen Gründen eine Geschäftspolitik betreibt, die nur auf lange Sicht gewinnbringend ist.

101 II 168 — Die Schiedsabrede untersteht dem kantonalen Prozessrecht. Seine Gültigkeit kann nicht durch eine Berufung an das BG festgestellt werden.

102 II 265 — Auch wenn ein Kapitalerhöhungsbeschluss nicht für alle Aktionäre die gleichen wirtschaftlichen Folgen zeitigt, liegt noch kein Verstoss gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung vor. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist nicht lex specialis zu ZGB 2. Absolute Geltung des Mehrheitsprinzips. Nur bei offensichtlichem Machtmissbrauch kann der Richter

einschreiten. Ausschlaggebend für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs sind immer "die besonderen Umstände des einzelnen Falles. Es kann daher weder unbesehen auf einen den Rechtsmissbrauch verneinenden Entscheid in einem anderen Verfahren abgestellt werden, noch auf die gegen diesen Entscheid laut gewordene Kritik". Nur bei einem offensichtlichen Machtmissbrauch kann der Richter einschreiten.

102 II 353 — Schadenersatzpflicht eines Verwaltungsrates. Im Konkurs der Gesellschaft kann die Konkursverwaltung, obschon der Gesellschaft wegen erfolgter Zustimmung keine Ersatzansprüche zustehen, noch gegen das fehlbare Verwaltungsratsmitglied vorgehen.

103 II 141 — Verhandlungsgegenstände müssen bei der Einberufung bekanntgegeben werden. Zudem müssen diese einen bestimmten Klarheits- bzw. Genauheitsgrad in ihrer Bezeichnung erfüllen. Anfechtbarkeit bejaht.

Pra. 67 Nr. 108 S. 255 — Klage auf Auflösung der AG aus wichtigen Gründen. Wichtige Gründe. Anfechtbare aber nicht angefochtene GVB können nicht zur Begründung einer Auflösungsklage dienen. Erst recht kann ein GVB, der nicht an einem Anfechtungsgrund leidet, keinen wichtigen Grund zur Auflösung der Gesellschaft ergeben.

VERZEICHNIS UEBER ENTSCHEIDE KANTONALER GERICHTE

Das Verzeichnis umfasst Entscheide kantonaler Gerichte, die unseres Erachtens im Zusammenhang mit der vorliegenden Arbeit von Bedeutung sind. Berücksichtigt wurden Entscheide, die in den aufgeführten Periodika bis Ende 1978 veröffentlicht wurden (Ausnahme: ZR nur bis Heft 6). Das Verzeichnis ist in bezug auf Anfechtungsprozesse nicht vollständig, da diese meistens ans Bundesgericht weitergezogen wurden und dort ihre Beachtung erfuhren.

BJM (1954) 107 — (7.10.1950 Zivilgericht; 7.8.1953 Appelationsgerichtspräsident Baselstadt)
Beseitigung einer Statutenbestimmung, die den Aktionären ein Kaufs- und Vorkaufsrecht an Aktien der Mitaktionäre zuerkennt. Verletzung wohlerworbener Rechte und des Grundsatzes von Treu und Glauben. Die Mehrheit verstösst gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, "wenn diese zum Nachteil der anderen Interessengruppen übermässig Vorteile für sich anstrebt, wenn sie nichts anderes bezweckt, als sich einen unverdienten, nicht durch persönliche Leistung an die Gesellschaft aufgewogenen Vorteil zu verschaffen".

BJM (1954) 253 — Verantwortlichkeitsklage. Das Einverständnis des Alleinaktionärs mit dem Handeln der Verwaltung wird einem Entlastungsbeschluss gleichgestellt.

BJM (1965) 83 — (13.12.1963 Zivilgericht; 9.2.1965 Appellationsgericht Baselstadt)
Der Aktionär hat ein relativ wohlerworbenes Recht auf freie Veräusserung. Für die Interessenabwägung ist der Grad der beabsichtigten nachträglichen Vinkulierung wesentlich. "Dabei muss der allg. Grundsatz gelten, dass die Schutzmassnahme über den damit verfolgten Zweck nicht hinausgehen darf, d.h. adäquat, "zweckproportional" sein muss." Jeder Aktionär hat ein unentziehbares Recht zur Anfechtung; dies ist unabhängig von seiner Aktienzahl.

BJM (1963) 163 (26.4.1963 Appelationsgericht Baselstadt; SAG 36 (1964) 21)
Anfechtung eines GVB wegen Verstoss gegen Bilanzierungsvorschriften. Dem Ermessen zur Bewertung der Aktiven wird ein grosser Spielraum zugebilligt. Fingierte Passiven sind zulässig, wenn dadurch stille Reserven gebildet werden. Eine missbräuchliche Anfechtung darf nur in seltenen Ausnahmefällen angenommen werden. Ein GVB ist anfechtbar, wenn dadurch der Anspruch der Aktionäre auf den Liquidationserlös gefährdet wird.

BJM (1966) 188 (24.3.1965 Zivilgericht Baselstadt)
Anfechtung eines GVB einer Genossenschaft. Für die Fristenberechnung gilt OR 77 I Ziff. 3 in analoger Weise.

Rep. 109 (1976) 229 (27.6.1975 Tribunale di appello Ticino)
Aktionäre von Aktien, die im Eigentum einer Erbengemeinschaft stehen, sind einzeln nicht zur Erhebung einer Anfechtungsklage legitimiert.

SAG 13 (1940/41) 196 (24.10.1940 Handelsgericht Zürich; SJZ 37 (1940/41) 297)
Eine Nichtteilnahme an der GV lässt das Recht auf Anfechtung von Beschlüssen, die an dieser gefasst wurden, nicht verwirken.

SAG 25 (1952/53) 205 Anfechtung eines GVB einer AG.
(In Arbeit nicht zitiert)

SAG 29 (1956/57) 159 (25.9.1956 Tribunal de première instance Genève)
Eine Aenderung des Gesellschaftszweckes durch eine qualifizierte Mehrheit von zwei Dritteln beschlossen, braucht auf die Rechte der Minderheitsaktionäre keine Rücksicht zu nehmen.

SAG 33 (1960/61) 25 (Rep. 92 (1959) 382)
Abhaltung einer Universalversammlung an der nicht alle Aktionäre anwesend waren. Ihre Beschlüsse sind absolut nichtig und brauchen nicht noch angefochten zu werden.

SAG 34 (1961/62) 25 (3.5.1960 Appellationsgericht Basel)
Die Gesellschaft im Auflösungs- oder Liquidationsstadium bleibt passivlegitimiert, denn zu diesem Zeitpunkt ist ihre Rechtspersönlichkeit noch erhalten.

SAG 36 (1964) 21

(26.4.1963 Appellationsgericht Baselstadt; BJM (1963) 163)
Die Anfechtungsklage ist nicht möglich, wenn die GV vom Gegenstand des fehlbaren Beschlusses keine Kenntnis hatte.

SAG 38 (1966) 245

(9.7.1964 Obergericht Luzern)
Anfechtbar können nur GVB sein, nicht aber Feststellungen des Vorsitzenden hinsichtlich der Stimmrechte. Das Anfechtungsrecht wegen fehlerhafter Einberufung einer GV erlischt, wenn der Kläger an der GV teilgenommen hat und den einzelnen Beschlüssen ausdrücklich zugestimmt hat.

SAG 41 (1969) 106

(21.11.1964 Kassationsgericht St. Gallen; SJZ 64 (1968) 321)
Die Beschlüsse einer GV sind nicht schon deshalb anfechtbar, weil anbegehrte Verhandlungsgegenstände nicht sofort in die Traktandenliste aufgenommen wurden, da sie erst in der nächsten GV behandelt werden wollen. Nichtigkeitsbeschwerde gegen Schiedsurteil.

SAG 41 (1969) 212

(15.7.1968 Obergericht Zürich)
GVB sind nichtig, weil GV nicht wie in den Statuten vorgesehen, mit eingeschriebenem Brief oder gegen Empfangsschein, einberufen wurde.

SAG 44 (1972) 85

(26.3.1970 Handelsgericht Zürich; ZR 69 (1970) Nr. 101)
Stimmbindungsverträge wirken nur unter den beteiligten Aktionären. Die Verbindung einer Feststellungsklage mit einer Anfechtungsklage ist nicht möglich. Hingegen die Kombination der Anfechtungsklage mit einer Leistungsklage ist zulässig. Die letztere muss sich aber auf Gesetz und Statuten stützen können und nicht auf den angefochtenen Beschluss.

SAG 47 (1975) 104

(10.6.1974 Obergericht Zürich; kommentiert von P. Forstmoser)
Anfechtung eines Entlastungsbeschlusses weil daran Personen teilgenommen hatten, die an der Geschäftsführung beteiligt sind. Verletzungen der Einberufungsvorschriften sind nur wesentlich, und damit die GVB anfechtbar, wenn diese für das Zustandekommen der angefoch-

tenen Beschlüsse kausal waren. Kein unbedingt wohlerworbenes Recht auf einen verhältnismässigen Anteil am Reingewinn.

Sem.jud. 82 (1960) 121 (23.1.1959 Cour de justice Genève)
Die Parteien haben im Anfechtungsprozess kein freies Verfügungsrecht über den Streitgegenstand. Deshalb kann die Klage auch nicht durch ein Schiedsgericht beurteilt werden, ausser wenn dies in den Statuten der Gesellschaft vorgesehen ist oder jeder Aktionär die diesbezügliche Zustimmung gegeben hat, und die Zusammensetzung des Schiedsgerichts von den Statuten bestimmt ist.

Sem.jud. 92 (1970) 161 (5.4.1968 Cour de justice Genève)
GVB, die mit Hilfe von einem statutarisch vorgesehenen Stichentscheid des Vorsitzenden zustande gekommen sind, können nach OR 706 angefochten werden. Die Auflösungsklage ist nur dort möglich, wo die Statuten noch das Gesetz die Minderheit nicht zu schützen vermögen.

Sem.jud. 93 (1971) 427 (27.6.1969 Cour de justice Genève)
Das Aktienbuch ist ein rein privates Dokument der Gesellschaft, in das der Aktionär kein Einsichtsrecht hat.

SJZ 23 (1926/27) 9 (Cour de justice Genève Sem.jud. 48 (1926) 280)
Beschlüsse einer GV können nicht angefochten werden, nur weil diese nicht innerhalb von sechs Monaten nach dem Ende des Geschäftsjahres abgehalten wurde.

SJZ 37 (1940/41) 12 (11.12.1939 Tribunale di appello Ticino; 31.1.1940 Bundesgericht; Rep. 73 (1940) 130)
Die Zulässigkeit und Voraussetzung für eine einstweilige Verfügung werden durch das kantonale Prozessrecht bestimmt.

SJZ 37 (1940/41) 158 (16.3.1939 Handelsgericht St. Gallen)
Nur Beschlüsse der GV sind anfechtbar. Die Anfechtungsklage bezüglich Bewertungen von Bilanzposten ist nur bei willkürlicher Bilanzierung möglich. Die Bewertung liegt im Ermessen von Verwaltung und GV.

SJZ 37 (1940/41) 297 (24.10.1940 Handelsgericht Zürich; SAG 13 (1940/41) 196)
Die Teilnahme an der GV ist nicht Klagevoraussetzung.

SJZ 38 (1941/42) 315 (17.9.1941 Tribunale di appello Ticino; Rep. 75 (1942) 79)
Die Anfechtungsklage richtet sich gegen die Gesellschaft selbst und nicht gegen die Aktionäre, die dem Beschluss zugestimmt haben.

SJZ 39 (1942/43) 231 (1.3.1940 Obergericht Kant. Luzern)
Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nicht nach dem Ort, an dem die Gesellschaft ihren Schwerpunkt der geschäftlichen Tätigkeit hat, sondern nach dem Gesellschaftssitz.

SJZ 43 (1947) 224 Nr. 104 (30.5.1945 Tribunale di appello Ticino; Rep. 78 (1945) 415)
Beschlüsse einer "GV", die von Strohmännern, deren Aktionärseigenschaften bereits entzogen sind, gefasst wurden, sind nichtig.

SJZ 43 (1947) 224 Nr. 105 (30.5.1945 Tribunale di appello Ticino; Rep. 78 (1945) 415)
Die Frist zur Erwirkung einer vorsorglichen Verfügung soll so bemessen sein, dass innerhalb der Frist nicht bloss das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Verfügung eingereicht werden, sondern der Richter auch seinen Entscheid fällen kann.

SJZ 47 (1951) 208 (St. Gallische Aufsichtsbehörde über das HReg.)
Eine bereits im Handelsregister eingetragene Tatsache kann nur auf dem Beschwerdeweg bei der Aufsichtsbehörde angefochten werden, wenn durch die Eintragung zwingende und zur Wahrung allgemeiner öffentlicher Interessen aufgestellte Gesetzesnormen verletzt wurden.
Kognitionsbefugnis des HReg.-Führers.

SJZ 48 (1952) 365 (9.7.1951 Cour de justice Genève; Sem. jud. 74 (1952) 105)
Der fiduziarische Aktionär verliert seine Aktionärseigenschaften, wenn er sämtliche Aktien dem wirklichen Eigentümer zurückgibt.

SJZ 49 (1953) 295 (12.12.1949 Obergericht Aargau; SAG 26 (1953/54) 160)
Die Abberufung der Mitglieder der Verwaltung kann jederzeit und voraussetzungslos erfolgen. Eine solche kann nur angefochten werden, wegen Verstoss gegen Treu und Glauben, wenn sie nicht im Interesse der Aktiengesellschaft erfolgte.

SJZ 50 (1954) 130 (9./10.1.1951 Kantonsgericht Graubünden)
Die Verpflichtung der AG, einem Aktionär seine Einlage zurückzuerstatten, ist nichtig.

SJZ 51 (1955) 300 (29.11.1954 Tribunale di appello Ticino; Rep. 87 (1954) 398)
Die Zulässigkeit und die Voraussetzung für eine einstweilige Verfügung werden durch das kantonale Prozessrecht bestimmt. Zur Wahrung der Frist für die Anfechtung eines GVB vor einem Schiedsgericht, langt die Bezeichnung seines Schiedsrichters. Die Einreichung der Klage beim ordentlichen Richter ist ohne Wirkung für die Fristeinhaltung.

SJZ 56 (1960) 314 (17.6.1960 Cour de cassation civile du Canton de Neuchâtel)
Eine statutarische Schiedsgerichtsklausel hat auch für die Anfechtung von GVB Gültigkeit.

SJZ 57 (1961) 124 (23.1.1959 Kantonsgericht Graubünden)
Genossenschaft. Die Teilnahme an der GV ist nicht Klagevoraussetzung. Konkludentes Handeln gilt ebenfalls als Zustimmung und lässt das Anfechtungsrecht verwirken. Eine Ausnahme ist da anzunehmen, wo das Handeln auf Grund unwahrer Auskünfte erfolgte.

SJZ 58 (1962) 307 (15.1.1962 Schiedsgericht)
Genossenschaft. Die Anfechtungsfrist ist gewahrt, wenn der Kläger innerhalb dieser einen Schiedsrichter ernennt u. die Gegenpartei zur Ernennung ihres Schiedsrichters auffordert.

SJZ 60 (1964) 310 (25.10.1963 Obergericht Solothurn; ZBJV 101 (1965) 61)
Die Klage auf Auflösung einer Gesellschaft kann einem Schiedsgericht unterbreitet werden.

SJZ 64 (1968) 167 (18.1.1968 Handelsgericht Zürich)
Der Aktionär hat ein relativ wohlerworbenes Recht auf Uebertragung der aus der Aktie fliessenden Forderungen. Dieses kann ihm nur entzogen werden, "wenn die objektiv verstandenen Interessen der Gesellschaft dies erfordern und der Grad der Vinkulierung (...) zweckproportional ist".

SJZ 65 (1969) 39 (28.4.1966 Obergericht Luzern)
Verwaltungsratsbeschlüsse sind nicht anfechtbar. Hingegen ist eine Nichtigkeitsklage möglich, wenn der VRB gegen zwingende Normen im öffentlichen Interesse verstösst.

SJZ 65 (1969) 293 (7.5.1969 Handelsgericht Zürich)
Wird eine Anfechtungsklage am letzten Tag der Frist infolge mangelnder Sorgfalt (Fehlen der Weisung und Nichtunterzeichnung der Klageschrift) nicht gehörig abhängig gemacht, dann hat der Kläger keinen Anspruch auf Ansetzung einer Nachfrist.

ZBJV 72 (1936) 502 (18.10.34 Appellationshof Bern)
Verurkundung eines GVB durch einen Notar, der zugleich Aktionär der AG ist. Der betreffende Beschluss ist nichtig.

ZBJV 79 (1943) 565 (2.12.1942 Appellationshof Bern)
Die Beurteilung einer Anfechtungsklage kann einem Schiedsgericht übertragen werden. Das Wort "Richter" in OR 706 hat nicht zu bedeuten, dass nur ein ordentlicher Richter zugelassen werden soll.

Nicht veröffentlicht (23.6.1949 Appellationshof Bern)
Auch Verwaltungsratsbeschlüsse können beim Richter angefochten werden. In OR 706 I liegt eine Gesetzeslücke. (Vgl. a.M.: BGE 76 II 51ff.)

ZBJV 101 (1965) 61 (25.10.1963 Obergericht Solothurn; SJZ 60 (1964) 310)
Die Klage auf Auflösung einer Gesellschaft kann einem Schiedsgericht unterbreitet werden.

ZR 39 (1940) 75 (18.10.1938 Handelsgericht Zürich)
Mit der Anfechtung eines Bilanzgenehmigungsbeschlusses kann nur seine Aufhebung verlangt werden, nicht aber die Aufstellung einer neuen

Bilanz durch den Richter. Eine Berichtigung der Bilanz wäre nur dann denkbar, wenn sämtliche dafür notwendigen Grundlagen bereits in den Akten gegeben wären.

ZR 39 (1940) 213 (6.2.1940 Handelsgericht Zürich)
Die Eintragung ins Aktienbuch hat nicht konstitutive Bedeutung. Sowohl der Nutzniesser als auch der Eigentümer der Aktie ist zur Anfechtungsklage legitimiert.

ZR 40 (1941) 269 (19.12.1940 Handelsgericht Zürich; 24.6.1941 Bundesgericht)
Der Aktionär hat nur dann ein Klagerecht, wenn Abschreibungen und Reserven sich wirtschaftlich in keiner Weise rechtfertigen lassen und somit als willkürlich bezeichnet werden müssen.

ZR 44 (1945) 103 (22.8.1944 Obergericht Zürich)
Die Abnahme des Geschäftsberichtes bedeutet nicht die Genehmigung der darin erwähnten Handlungen der Verwaltung und Direktion.

ZR 47 (1948) 9 (18.1.1946 Obergericht Zürich)
Die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme bleibt ausschliesslich Sache des staatlichen Richters.
Voraussetzungen damit Sicherheitsleistungen verlangt werden können.

ZR 49 (1950) 182 (5.4.1949 Handelsgericht Zürich)
Ein Minderheitsaktionär, der nur mit beratender Stimme zur GV zugelassen wurde, kann deren Beschlüsse nur anfechten, wenn die Beschlussfassung bei Abgabe seiner Stimme anders ausgefallen wäre.

ZR 50 (1951) 1 (30.3.1949 Obergericht Zürich)
Streitwertberechnung bei der Anfechtungsklage.

ZR 50 (1951) 280 (27.10.1950 Handelsgericht Zürich)
Die Anhängigmachung der Anfechtungsklage beim Friedensrichter genügt zur Wahrung der Anfechtungsfrist von zwei Monaten nicht.

ZR 52 (1953) 171 (29. Juni 1951 Handelsgericht Zürich)
Stillschweigende Genehmigung der Rechnung einer AG. VR wird durch den Erwerber aller Aktien entlastet. Ausschluss der Haftung der ausscheidenden Verwaltungsräte für Verluste.

ZR 62 (1963) 278

(4.12.1962 Obergericht Zürich; 11.6.1963 Bundesgericht)
Die Anfechtungsklage ist nicht möglich, wenn diese in Bezug auf einen Sachverhalt erhoben wird, der Gegenstand einer Verantwortlichkeitsklage sein kann. Bilanzgenehmigungsbeschlüsse können nur angefochten werden, wenn sie Grundsätze des Buchführungs- und Bilanzrechts als solches klar verletzen. Ein Beschluss auf Nichtverteilung eines Reingewinnes ist nur bei Willkür anfechtbar.

ZR 64 (1965) 242

(14.5.1964 Handelsgericht Zürich)
Die Aktiengesellschaft ist berechtigt, nicht aber verpflichtet, einem Inhaberaktionär der sich über den Besitz der Aktie ausweist, das Stimmrecht zu gewähren. Beschlüsse, die unter Mitwirkung eines Unberechtigten zustande gekommen sind, können angefochten werden. Der beklagten Gesellschaft bleibt aber der Beweis offen, dass die Mitwirkung des Unberechtigten ohne Einfluss auf die Beschlussfassung war.

ZR 69 (1970) Nr.101

Vgl. SAG 44 (1972) 85

ZR 70 (1971) 86

(14.10.1969 Obergericht Zürich)
Die Anfechtungsfrist ist eine Verwirkungsfrist, deshalb kann sie weder verlängert noch unterbrochen werden.

ZR 74 (1975) 57

(24.10.1974 Obergericht Zürich)
Die Genehmigung der Traktandenliste lässt das Anfechtungsrecht nicht verwirken. Die Genehmigung der einzelnen Beschlüsse hat nur Einfluss auf den Verlust des Anfechtungsinteresses und damit des Anfechtungsrechts in bezug auf diese. Mit dem Stellen eines Antrags verliert der Aktionär das Anfechtungsrecht, sofern der Antrag in der nachfolgenden Abstimmung gebilligt wurde.
GVB einer AG sind anfechtbar, wenn die Geschäftsbericht nicht oder nicht rechtzeitig vorlag.

ZR 76 (1977) 36

(1.11.1976 Obergericht Zürich)
Die Anfechtungsfrist ist eine Verwirkungsfrist. Die Einhaltung der Frist entscheidet sich nach Bundesrecht. Die Postaufgabe vor Ablauf der Frist genügt.

Wurde die Klage nicht gehörig anhängig gemacht, kann der fehlerhafte Punkt, z. B. die Weisung innert einer vom Gericht anzusetzenden Nachfrist noch beigebracht werden, sofern die Klageschrift selbst nicht verspätet eingereicht wurde.

ZWR (1975) 114

(14. 2. 1975 Kantonsgericht Wallis) Genossenschaft. Das Anfechtungsrecht ist verwirkt, wenn in der GV gegen die Genehmigung der Bilanz und Betriebsrechnung kein Einwand erhoben worden ist und der Traktandenliste und auch der Bilanz und Betriebsrechnung zugestimmt wurde.

Kapitel I DAS ANFECHTUNGSRECHT

1. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE DES ANFECHTUNGSRECHTS[1]

Im OR von 1881 gab es kein gesetzliches Anfechtungsrecht. Der in seinen Rechten beeinträchtigte Aktionär war somit weitgehend ohne Schutz.

Doch die gerichtliche Praxis erkannte schon bald die Notwendigkeit eines solchen Rechts, obschon es ihr zu deren rechtlichen Begründung noch mangelte. So anerkannte das Zürcher Handelsgericht schon 1884 ein Recht auf Anfechtung in seinem Urteil vom 23. Mai, während das BG erst zehn Jahre später zu dieser Frage Stellung nahm. Im BGE 23 II 1829 wurde einem Aktionär ein wohlerworbenes Recht auf Innehaltung von Gesetz und Statuten zugebilligt. Bis zur Einführung des ZGB im Jahre 1912 blieb dieses jedoch reines Gewohnheitsrecht. Erst jetzt mit der Schaffung eines Anfechtungsrechts für den Verein (ZGB 75) fand sich eine rechtliche Begründung und eine gesetzliche Grundlage, indem ZGB 75 in analoger Anwendung auch für das Aktienrecht Geltung haben sollte. Mithin entbrannte eine heftige Kontroverse, ob zu deren Geltendmachung auch die Frist von ZGB 75 eingehalten werden müsste, oder ob eine Klageverwirkung erst bei ungebührlicher Verzögerung in der Klageanhebung angenommen werden sollte. Erst mit der Revision von 1936 sollte dieser Streit ein Ende finden, indem auch für die Aktiengesellschaft ein Anfechtungsrecht explizit erlassen wurde[2] und die Frist zur Anbringung einer Klage auf zwei Monate festgelegt wurde.[3]

---

1 Vgl.: Ensslin 6 ff; Gerwig 287 f.; Jagmetti 54 ff; Plangg 8 ff.

2 OR 706

3 Hieraus entstand die Notwendigkeit, klare Kriterien für die Abgrenzung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit zu finden, da die Geltendmachung der Nichtigkeit an keine Frist gebunden ist.

Zu beachten ist, dass das Anfechtungsrecht von Anfang an stets nur für Generalversammlungsbeschlüsse[4] zugelassen werden sollte.[5]

2. FUNKTION UND NOTWENDIGKEIT DES ANFECHTUNGSRECHTS[6]

Nach OR 703 fasst die Generalversammlung ihre Beschlüsse, sofern das Gesetz und die Statuten nichts anderes bestimmen, mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen. Die Minderheit hat sich demnach grundsätzlich dem Willen der Mehrheit zu unterziehen.

Mit der Anerkennung des Mehrheitsprinzips ist jedoch für die Minderheit und sogar für die Gesellschaft selbst eine grosse Gefahr verbunden. So kann die Mehrheit ihre Macht missbrauchen, ihre Stimmkraft zu ihren persönlichen Vorteilen und auf Kosten der Minderheit einsetzen, um letztere vermögensmässig zu schädigen oder in ihrem Einfluss auf die gesellschaftliche Willensbildung zu beschränken. Dies kann soweit gehen, dass die Mehrheit die Unternehmung substantiell aushöhlt und dieser dadurch die Existenzfähigkeit raubt.

Der Gesetzgeber hat für solche Tatbestände Rechtsbehelfe[7], insbesondere die Anfechtungsklage, vorgesehen, um den Mehrheitswillen in, vom Gesetz und den Statuten bestimmte Schranken weisen zu können.

Zu beachten bleibt, dass die Anerkennung einer Willensdurchsetzung der Mehrheit gegenüber der Minderheit für die gesellschaftliche Beschlussfassung unabdingbar bleibt, wird doch in einer GV kaum Einstimmigkeit zu erzielen sein. Zudem sollte in Anbetracht der wirt-

---

4 In der Folge abgekürzt: GVB
5 Vgl. in diesem Kapitel 4. 2.
6 Vgl. Ensslin 1 ff; Gamma 111 f; Hochheuser 1 ff; Strub 35.
7 Vgl. Kapitel V.

schaftlichen Tätigkeit und des Fortbestehens der Unternehmung die Interventionsmöglichkeit in die Willensbildung der Gesellschaft in einem vernünftigen Rahmen gehalten werden.[8]

Eine Aufgabe dieser Abhandlung wird es sein, aufzuzeigen, wo die Schranken des Mehrheitswillens nach Gesetz und heutiger Rechtssprechung liegen[9], de lege ferenda liegen sollten und wie die Schranken genauer oder wirksamer festgelegt werden könnten.[10]

3. RECHTSNATUR DES ANFECHTUNGSRECHTS

Das Anfechtungsrecht gilt in der Literatur[11] und Rechtssprechung[12] als absolut wohlerworbenes Recht. Ein genereller Entzug ist deshalb definitionsgemäss nicht möglich.[13] Auch eine Zustimmung des Aktionärs zum generellen Entzug, vermag das Anfechtungsrecht diesem nicht zu entziehen, denn dieser wäre nichtig.[14]

Im Einzelfall jedoch kann der Aktionär auf die Ausübung des Anfechtungsrechts verzichten, da er grundsätzlich nicht gezwungen werden kann, ein subjektives Recht[15] wahrzunehmen.[16] Das Anfechtungsrecht steht nicht im Zusammenhang mit dem Stimmrecht[17], sondern ist unmittelbar Ausdruck des Mitgliedschaftsrechts im weiteren Sinne.[18,19]

---

8 Vgl. Kapitel II, 2.
9 Vgl. Kapitel III, Kapitel VI, 1.
10 Vgl. Kapitel VI, 2.
11 Bürgi 706 N1; Peyer 23; Plangg 23; F. v. Steiger 209.
12 50 II 500; 53 II 46, 231; 86 II 167/8.
13 Vgl.: Bürgi 706 N1; Forstmoser 163 N14; Schluep 202.
14 Schluep 202; Schluep SJZ 54 (1958) 210; vgl. Kapitel II, 5.4.1.
15 Ensslin 32 und Plangg 19 sprechen gar von einem subjektiven Recht bzw. Gestaltungsrecht.
16 Bürgi 706 N1; Schluep 202.
17 Plangg 19, 23, 63; Okur 106; 74 II 42, a.M.: F. v. Steiger 151.
18 Bürgi 706 N1; Jagmetti 57; Plangg 19, 23, 63; 53 II 231.
19 Diese Feststellung wird wesentlich bei der Bestimmung des Kreises der Aktivlegitimierten, vgl.: Kapitel IV, 1.

3.1 Statutarische Erweiterung des Anfechtungsrechts

Eine Erweiterung des Anfechtungsrechts, indem statutarisch weitere Anfechtungsgründe geschaffen werden, muss ohne weiteres möglich sein. [20]

3.2 Statutarische Verengung des Anfechtungsrechts

Ist ein Aktionär berechtigt, auf gesetzliche oder statutarische Rechte zu verzichten, muss er folgerichtig auch auf den Schutz verzichten können, der ihm der Gesetzgeber bei der Verletzung der Rechte einräumt. [21] Jedoch kann der Aktionär nur auf solche Klagetatbestände verzichten, über die er auch rechtswirksam verfügen kann. [22] Deshalb sind nur Verletzungen nachgiebigen oder relativ zwingenden Rechts als Gründe statutarisch von der Anfechtungsmöglichkeit ausnehmbar. [23] Es versteht sich, dass solche Verengungen entweder in den Urstatuten enthalten sein müssen, oder aber nur mit einem einstimmigen Beschluss aller Aktionäre in die Statuten aufgenommen werden können. [24]

---

20 Bürgi 706 N1; Schluep 202.
21 Schluep 203.
22 Bürgi 706 N2; Schluep 203.
23 Vgl.: Bürgi 706 N3; Funk 706 S. 350, der eine Verengung grundsätzlich ablehnt.
Allgemein formulierte, sich nicht auf einzelne Tatbestände festlegende Beschränkungen sind als genereller Entzug und Verzicht auf das Anfechtungsrecht auszulegen und somit nichtig. Vgl. Bürgi 706 N3; Schluep 203.
24 Bertsch 151.

3.3 Statutarische Erschwerung der Ausübung des Anfechtungsrechts

Jede Erweiterung der Voraussetzungen zur Ausübung des Anfechtungsrechts ist unstatthaft und nichtig.[25]

So wäre z.B. eine statutarische Vorschrift unerlaubt, die vorsehen würde, dass vor Erhebung der Anfechtungsklage die Meinung der GV einzuholen sei, oder gar die GV ihre Zustimmung zu geben habe.[26]

4. GEGENSTAND DES ANFECHTUNGSRECHTS

4.1 Generalversammlungsbeschlüsse, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen

Gegenstand des Anfechtungsrechts sind Generalversammlungsbeschlüsse, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen.[27] Was unter einem Verstoss gegen die Statuten oder das Gesetz zu verstehen ist, wird in Kapitel II und III behandelt.

Ein GVB ist trivialerweise ein Beschluss einer Generalversammlung. Unter einer Generalversammlung verstehen wir eine Versammlung von Aktionären, d.h. eine Zusammenkunft von persönlich anwesenden Aktionären oder deren Vertretern.[28] Von einem Beschluss sprechen wir, bei Vorliegen eines mehrheitlichen[29] Willensinhalts, der aus verschie-

---

25 Bürgi 706 N2; Schluep 203.
26 Bertsch 151.
27 OR 706 I
28 Siehe auch anders: Ensslin 59 f; Frei 35 ff; Kohler 50 ff; Okur 61 ff; Strub 82 ff.
29 Ob das relative Mehr oder das absolute Mehr gelten soll ist gegenstandslos. Wesentlich ist nur, dass nach dem Mehrheitsprinzip verfahren wird.

denen Willenserklärungen über einen Antrag[30] resultiert.[31] Zu beachten ist, dass mit unseren Definitionen keine Aussagen über die Gültigkeit eines GVB gemacht werden.[32] Ob dieser schliesslich gültig oder resolutiv gültig zustande gekommen ist, wird erst in Kapitel II und III untersucht.

4.1.1 Beschlüsse von Sonderversammlungen

Auch Beschlüsse und Wahlen von Sonderversammlungen, als Versammlungen von persönlich anwesenden Aktionären oder ihren Vertretern, sind anfechtbar, wenn sie gegen Gesetz und Statuten verstossen.[33] Aktivlegitimiert sind alle Aktionäre der Gesellschaft, auch wenn sie zur Teilnahme an der Sonderversammlung nicht berechtigt waren.[34]

---

30 Das Vorliegen eines Antrages ist begriffsbestimmend. So kann z. B. die Feststellung der Präsenz durch den Vorsitzenden nicht als Beschluss bezeichnet werden. Die Anfechtbarkeit einer solchen Aeusserung ist denn auch ausgeschlossen. SAG 38 (1966) 247.

31 Vgl.: Meier-Hayoz 70 N70. Siehe auch anders: Ensslin 61; Feldmann 13 ff; Frei 54 ff; Strub 107 ff.
Vgl.: 95 II 555 "Unter Beschlüssen ... sind ... auch Wahlen zu verstehen, die im Grunde genommen nichts anderes als Beschlüsse bes. Art sind."

32 Die Literatur aber, spricht erst von GVB, wenn diverse formelle Erfordernisse erfüllt sind (vgl. z. B. Frei 64), die dessen Gültigkeit bedingen. Ein GVB liegt also in der Doktrin nur vor, wenn er gültig zustandegekommen ist. Der Vorteil unserer Definition (das BG scheint den gleichen Weg zu gehen, vgl. Kasuistik) liegt darin, dass zur Abklärung der Nichtigkeit aus formellen Mängeln lediglich zwei Kriterien benötigt werden, hingegen deren viele in der Literatur. Die Doktrin muss hingegen für jeden Tatbestand prüfen, ob die Erfordernisse eines gültigen Beschlusses, wie diejenigen einer gültigen GV vorhanden sind. Bei Frei müssten z. B. 7 Kriterien geprüft werden. Dies hat auch dazu geführt, dass die Nichtigkeitstatbestände von GVB einen Umfang angenommen haben, der aus Gründen der Rechtssicherheit als zu umfangreich erscheint.

33 Vgl.: Bürgi 706 N5; Funk 706 N1; Frei 50.

34 Bürgi 706 N5; Funk 706 N1.

Dies lässt sich damit begründen, dass das Anfechtungsrecht ein Korrelat des Mitgliedschaftsrechts im engeren Sinne und nicht des Stimmrechts ist. [35]

4.1.2 Negative Beschlüsse

Ein in der GV abgelehnter Antrag wird in der Literatur als negativer Beschluss bezeichnet. [36] Es liegt eine Willensäusserung der Mehrheit der vertretenen Aktionäre vor, dass der Antrag abgelehnt werden solle.

Kommt ein solcher Beschluss zustande, muss auch er bei einer Gesetzes- oder Statutenverletzung anfechtbar sein. [37] Dies nicht nur, weil er nach unserer Definition als GVB zu gelten hat, sondern weil auch ein negativer Beschluss rechtsändernde Wirkung haben kann. Die Beseitigung einer solchen durch eine Anfechtungsklage kann für Aktionäre ebenso von Bedeutung sein, wie die eines anderen Beschlusses und muss deshalb ermöglicht werden. [38] Zudem sollte schon allein der Umstand, dass ein positiver Beschluss verhindert wurde, Anlass genug sein, die Beseitigungsmöglichkeit zu legalisieren. [39] Gleichwohl bleibt der praktische Erfolg einer solchen Anfechtung äusserst zweifelhaft. So kann eine Anfechtungsklage immer nur die Beseitigung eines Beschlusses zum Gegenstand haben und nie eine positive Rechtskraft bewirken. Wird ein negativer Beschluss aufgehoben, kann die Gesellschaft bzw. die GV nicht dazu verurteilt werden, einen Beschluss über den Antrag zu fassen. [40]

---

35 Vgl.: oben 3.
36 Feldmann 84; Frei 61.
37 Vgl.: Feldmann 84; Frei 61; Schluep 285 u. SJZ 54 (1958) 213.
38 Vgl.: Frei 61.
39 Vgl.: Feldmann 84.
40 Vgl. Kapitel IV, 7.2.2.

4.1.3 Generalversammlung per Telephon

Im Zuge der technischen Entwicklung sind heute Konferenzgespräche zwischen einer beschränkten Anzahl örtlich weit auseinanderliegender Verhandlungs- und Diskussionspartner möglich.

Es ist nun durchaus denkbar, dass aus praktischen Erwägungen auch eine GV auf diese Weise durchgeführt werden möchte. Die Zulässigkeit wurde in der Doktrin kaum diskutiert.[41] Unseres Erachtens sollte eine telephonische Durchführung einer GV möglich sein[42], bietet doch die technisch zusammengeführte Versammlung die gleichen informatorischen und rhetorischen Möglichkeiten wie eine Versammlung von persönlich anwesenden Aktionären am gleichen Ort.[43] Zudem anerkennt auch das Vertragsrecht[44] den telephonischen Vertragsabschluss, indem sie diesen den Verträgen unter Anwesenden gleichstellt.[45]

4.2 Verwaltungsratsbeschlüsse sind nicht anfechtbar

Das Gesetz bezeichnet im Text von OR 706 I nur GVB als anfechtbar. Es fragt sich, ob eine Gesetzeslücke anzunehmen sei[46], oder ob das Gesetz hier qualifiziert schweigt.

---

41 Vgl.: Janggen/Becker OR 809 N1; Strub 84.
42 gl.M.: Strub 84.
43 Vgl. Begründung für die persönliche Anwesenheit: Kapitel II, 6.2. "Zirkulationsbeschlüsse".
44 OR 4 II
45 Strub 84.
46 Bejaht von: Siegwart SJZ 39 (1942/43) 423; Appellationshof des Kantons Bern, Urteil vom 23. Juni 1949 (Vorinstanz zu 76 II 51 ff). Verneint von: 76 II 62 f.

Geht man auf die Materialien von 706 zurück, ergibt sich unmissverständlich, dass Verwaltungsratsbeschlüsse von der Anfechtbarkeit beim Richter ausgeschlossen sein sollen. [47]

Auch aus rechtspolitischen Gründen ist von einer Zulassung der Anfechtungsklage auf VRB abzusehen.

Einmal könnte sich der Richter wegen der Natur der VRB nicht bloss auf deren Aufhebung beschränken, sondern müsste, um die Gesellschaft aus der durch das Urteil hervorgerufenen Handlungsunfähigkeit herauszuführen, direkt gestaltend in die laufenden Geschäfte der Gesellschaft eingreifen. [48] Weiter würde jede Anfechtung von VRB den wirtschaftlichen Interessen der Gesellschaft stark zuwiderlaufen; denn für die Existenz der Unternehmung ist es unabdingbar, dass die von der VW gefassten Beschlüsse ohne Verzögerung ausgeführt werden können. Kaum auszudenken wären die wirtschaftlichen Folgen und die rechtliche Unsicherheit, die durch eine ungerechtfertigte, ev. sogar böswillig angestrengte [49] Anfechtung eines VRB eintreten würde. [50]

Die Literatur [51] und die Rechtssprechung [52] wollen die Anfechtungsklage,

---

47 Vgl.: StenBull. StR (1931) 412 f, 576 ff, 578; StenBull. StR (1935) 106.

48 Weiss Einl. 87 N237; 76 II 66.

49 So könnte z.B. ein Aktionär der gleichzeitig an einer Konkurrenzunternehmung beteiligt ist, eine Anfechtungsklage gegen einen VRB anstrengen, nur um die Ausführung des Beschlusses zu verzögern und um dadurch der anderen Gesellschaft Vorteile zu verschaffen. 76 II 66.

50 Vgl. Stebler 107 f. Zu beachten ist, dass er zur Ablehnung die Hauptargumente liefert, obschon er die Anfechtungsklage auch für VRB zulassen will.

51 Bürgi OR 706 N6; Funk OR 706 S. 350; Gamma 114; Guhl 600; Jagmetti 77, 91, 99 f; Kohler 31 ff; Mijalkovic 77; Nobel 91 ff; Plangg 19 N5; Schluep 285; Spiess 81 ff; Wehrli SJZ 40 (1944) 102; Weiss Einl. N 238 ff. a.M. Siegwart SJZ 39 (1942/43) 423; Stebler 87 f, mit OR 646 Ziff. 3 begründet.

52 76 II 60 ff; 81 II 464 ff; 92 II 246 f; SJZ 65 (1969) 39 f.

deshalb und in Anbetracht genügender anderer Rechtsbehelfe[53], nur auf GVB beschränkt wissen.

4.2.1 Andere Rechtsbehelfe[54]

Fühlt sich ein Aktionär durch einen VRB in seinen Rechten bedroht, sind folgende Rechtsbehelfe möglich:

- das Recht die Decharge zu verweigern (OR 698 Ziff. 4 in Verbindung mit OR 757)
- die Verantwortlichkeitsklage (OR 754)
- Die Einberufung einer ausserordentlichen GV (OR 699 III u. IV). Die GV hat dann über eine ev. Abberufung der VW nach OR 705 zu befinden.
- die Nichtigkeitsklage[55]
- die Möglichkeit, seine Aktie zu veräussern[56]
- die Anfechtung von Entlastungsbeschlüssen[57]
- die Auflösungsklage (OR 736 Ziff. 4)[58]

---

53 Vgl.: unten 4.2.1.
54 Vgl.: Kohler 96 ff; 76 II 63.
55 Vgl.: Kapitel II, 7.
56 Vgl.: Kapitel V, 2.
57 Vgl. unten 4.2.2: Hier handelt es sich um die Anfechtung eines GVB.
58 Vgl.: Kapitel V, 3.

4.2.2 Abgrenzung zwischen der Verantwortlichkeitsklage und der Anfechtungsklage

Die Anfechtungsklage und die Verantwortlichkeitsklage ist streng auseinander zu halten.[59]

So ist die Anfechtungsklage immer dann nicht möglich, wenn der Beschluss gar nicht von einer Versammlung von Aktionären gefasst wurde, oder wenn die Rechtswidrigkeit gar nicht aus einem GVB resultiert.[60]

Werden jedoch mit der Anfechtungsklage Tatbestände genannt, die auch Gegenstand einer Verantwortlichkeitsklage sein könnten, ändert dies an der Zulässigkeit der Anfechtungsklage nichts. Dadurch wird aber auch die gleichzeitige oder spätere Anstrengung einer Verantwortlichkeitsklage nicht ausgeschlossen. Die zwei Rechtsbehelfe schliessen sich, wenn zu ihrer beiden Anwendung die Tatbestände erfüllt sind, gegenseitig nicht aus, noch besteht eine Subsidiaritätsbeziehung zwischen ihnen.[61]

Theoretisch scheint die Abgrenzung eindeutig möglich zu sein, doch in der Praxis ist es oft schwierig zu entscheiden, ob neben der Verantwortlichkeitsklage nicht ev. auch eine Anfechtungsklage möglich wäre.[62] Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich insbes. beim Bilanzgenehmigungsbeschluss und der Dechargeerteilung.[63] So gilt der erstere nur

---

59 Bürgi OR 706 N7.
60 Jolidon 216; Bürgi OR 706 N7; 81 II 463 u. 465; 92 II 246; 100 II 389; ZR 62 (1963) 280.
61 Bürgi OR 753/4 N31; Forstmoser VAK 121 N467; Jolidon 216/7; Plangg 22. Vgl.: 100 II 389. Es fragt sich, ob das BG nicht etwa der Ansicht ist, die Anfechtungsklage sei ausgeschlossen, wenn eine Verantwortlichkeitsklage möglich ist. Die Literatur lehnt diese Auslegung ab (vgl. FN 59 und 60).
62 Jolidon 217.
63 Vgl.: Jolidon 218 ff.

dann als anfechtbar, wenn die Bilanz unter Verletzung einer Gesetzes- oder Statutenbestimmung aufgestellt wurde. Hingegen eine wegen unadäquatem Geschäftsgebahren der Verwaltung ungünstig ausgefallene Bilanz kann nicht angefochten werden. [64] Jedoch das Verhalten der VW kann Gegenstand einer Verantwortlichkeitsklage werden. [65]

Erteilt die GV der Verwaltung Decharge, trotz dem Vorliegen eines Verantwortlichkeitstatbestandes, ist der GVB nicht anfechtbar. Nur die Verantwortlichkeitsklage soll möglich sein, da die GV eventuell aus anderen Motiven, insbesondere aus dem Unternehmungsinteresse heraus die Decharge erteilt hat. [66] So wollte vielleicht die Mehrheit keinen Prozess, weil die Verwaltung sich bis jetzt mit grossen Verdiensten auszeichnete [67], oder weil die Verwaltungsräte gar zahlungsunfähig sind. [68]

Lässt die Verwaltung ihre Beschlüsse durch die GV ratifizieren [69], dann liegt sicher ein Tatbestand vor, bei dem beide Rechtsbehelfe möglich sind. [70] Nicht als Ratifizierung eines Verhaltens der Verwaltung ist die Genehmigung des Geschäftsberichtes durch die GV zu betrachten [71], denn die Abnahme des Geschäftsberichtes stellt lediglich ein Verzicht auf weitere Angaben und Mitteilungen dar [72], keinesfalls aber eine Genehmigung der ev. darin genannten Handlungen der Verwaltung. [73]

---

64 81 II 463; 92 II 246; Bürgi OR 698 N58; vgl. Jolidon 221 f; falsch: Vischer/Rapp 189.
65 Bürgi OR 698 N58, OR 706 N6; 81 II 463 u. 465; ZR 62 (1963) 281.
66 Jolidon 226 ff; vgl. Bergier 206; Bürgi OR 698 N80.
67 Bergier 206.
68 Bürgi OR 698 N80.
69 so geschehen in: 100 II 386 ff; 95 II 157 ff; vgl.: 83 II 63/64.
70 Tappolet 25; 83 II 57. Zu beachten ist jedoch, dass bei der Genehmigung eines VRB durch die GV die Verantwortlichkeitsklage der Gesellschaft, wie die des zustimmenden Aktionärs ausgeschlossen ist (Tappolet 31). Hingegen der nichtzustimmende Aktionär und die Gläubiger bleiben klageberechtigt (vgl. Forstmoser VAK 109 f).
71 Bürgi OR 724 N26; Jolidon 224 f.
72 ZR 44 (1945) 103.
73 Bürgi OR 724 N26; Jolidon 224 f.

Eindeutig kann der zulässige Rechtsbehelf aber ausgewählt werden, wenn die GV vom Fehlverhalten der Verwaltung keine Kenntnis hatte. Hier ist eine Anfechtungsklage sicher nicht möglich.[74]

4.3 Beschlüsse anderer Organe sind nicht anfechtbar

Wird die Anfechtungsklage für Verwaltungsratsbeschlüsse verneint, dann können Beschlüsse von anderen Ausführungsorganen[75] zu diesem Rechtsbehelf sinngemäss auch nicht zugelassen werden.[76]

74 81 II 465; SJZ 37 (1940/41) 158 f; SAG 36 (1964) 26.
75 Z.B. Direktion, Kontrollstelle, Liquidator als Organ.
76 76 II 64/65.

Kapitel II ABGRENZUNG DER NICHTIGKEIT ZUR ANFECHTBARKEIT

1. NICHTIGKEIT WIRD ALS RECHTSFOLGE IM AKTIENRECHT NICHT GENANNT

Nach ständiger Rechtssprechung[1] des BG darf die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes einzig dann angenommen werden, wenn es gegen eine Norm verstösst, die diese Rechtsfolge "... ausdrücklich vorsieht oder der Sinn und Zweck der Vorschrift sie mit Rücksicht auf die Bedeutung des behaupteten Erfolges verlangen".

Das Aktienrecht, sowie das Körperschaftsrecht des ZGB kennen die Nichtigkeit als Rechtsfolge nicht. Mithin stellt sich die Frage, ob neben der Anfechtbarkeit von OR 706 auch die Nichtigkeit als Rechtsfolge zugelassen werden darf.

Für die Notwendigkeit der Nichtigkeit auch im Aktienrecht spricht:
- dass der Rechtsbehelf der Anfechtungsklage einzig von Aktionären in Anspruch genommen werden kann[2] und somit GVB nur von Aktionären zu Fall gebracht werden können, obwohl durch diesen ev. auch Drittinteressen verletzt werden.
- dass es Beschlüsse gibt, z.B. unmögliche Beschlüsse, die logischerweise bei Ausbleiben der Anfechtung durch Zeitablauf nicht geheilt werden können.
- dass es GVB geben kann, die gegen die öffentliche Ordnung oder das Recht der Persönlichkeit verstossen und durch Zeitablauf bzw. Ausbleiben einer Anfechtung geheilt werden können.

---

1 96 II 20; 95 II 538; 86 II 450; 84 II 427; 82 II 132; 81 II 619.
2 Vgl. Kapital IV, 1.

Aus diesen Gründen hat denn die Literatur und Judikatur [3] auch keine Zweifel, dass die Nichtigkeit als Rechtsfolge zugelassen werden sollte. Die Zulässigkeit wird mit ZGB 7 rechtlich begründet. Nach dieser Bestimmung müsste OR 19/20 als Bestandteil des allgemeinen Teils des OR auch auf GVB, als zivilrechtliches Verhältnis, Anwendung finden. [4]

2. NICHTIGKEIT VON GVB – GEFAHR FUER DIE RECHTSSICHERHEIT

Bedenkt man, dass nichtige Generalversammlungsbeschlüsse unter Umständen jahrelang formell bestehen können und plötzlich durch eine Einwendung oder aufgrund einer Klage zu Fall [5] gebracht werden können, wird die Gefährdung der Rechtssicherheit durch eine solche Rechtslage ohne weiteres offenbar. [6] Kaum könnte sich ein Aktionär, die Verwaltung oder gar ein aussenstehender Dritter auf die Aufrechterhaltung eines Beschlusses verlassen. Weitere Bedenken gegen die Nichtigkeit ergeben sich aus dem Umstand, dass diese von jedermann geltend gemacht werden kann. [7] So könnte ein aussenstehender Dritter, z.B. auch die Konkurrenz, die Unternehmung durch die Anstrengung einer Nichtigkeitsklage empfindlich in ihrer Handlungsfähigkeit treffen und damit wirtschaftlich schädigen. Denn kaum wird eine Verwaltung einen Beschluss ausführen, gegen den eine Feststellungsklage hängig ist.

Würde die Nichtigkeit also zugelassen, müsste sie auf einige wenige Tatbestände beschränkt werden und nur im Ausnahmefall zur Anwendung kommen dürfen. Zumindest müssten die Grenzen zwischen der Anfechtbarkeit und Nichtigkeit klar zu ziehen sein.

---

3 Vgl. Kasuistik unten.
4 Schucany OR 706 N2A; Jagmetti 101f.
5 Vgl. Bürgi OR 706 N21; Schluep 277; Stebler 107.
6 Vgl.: unten 8. Geltendmachung der Wichtigkeit.
7 Vgl.: unten 8.2.1 Aktivlegitimation.

Die Literatur postuliert deshalb[8]:

- Die Nichtigkeit darf nur im Ausnahmefall die Rechtsfolge sein.
- Bestehen Zweifel darüber, ob Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit anzunehmen sei, hat man sich für die Anfechtbarkeit zu entscheiden.

3. OR 19/20 IST LEX GENERALIS ZU OR 706

Aufgrund der Erörterungen von Abschnitt 1. und 2. liegt es nun auf der Hand, OR 19/20 als lex generalis zu OR 706 zu postulieren.[9]

Doch damit ist noch nicht bestimmt, wann die Nichtigkeit und wann Anfechtbarkeit anzunehmen ist, da dadurch lediglich das Häufigkeitsverhältnis zwischen beiden Rechtsfolgen bezeichnet wird. Dies soll nun Gegenstand der übernächsten Abschnitte werden.

4. ZWECK UND NOTWENDIGKEIT DER ABGRENZUNG ZWISCHEN DER NICHTIGKEIT UND ANFECHTBARKEIT

Es gilt abzuklären, warum eine Abgrenzung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit notwendig ist. Einige Gründe sind in den bisherigen Erörterungen bereits angeklungen.

Die Abgrenzung wird deshalb nötig, weil sich die zwei Rechtsbehelfe in ihrer Geltendmachung wesentlich unterscheiden. Einmal muss die

---

8 Bürgi OR 706 N21; Forstmoser 164 N17; Funk OR 706 N1 Abs. 4; Jagmetti 45; Patry (Secrétan) 232 f; Stehli 135 FN 13; F.v.Steiger 206; W.v.Steiger OR 808 N11; Schluep 277/8.

9 Kohler 70; Okur 59/60; Schluep 277.

Nichtigkeit von Amtes wegen beachtet werden[10], während die Anfechtbarkeit erst auf Klage hin durch den Richter beurteilt wird. Zum andern ist zur Nichtigkeitsklage jedermann legitimiert, der ein rechtliches Interesse geltend machen kann und unabhängig davon, ob er dem mangelhaften Beschluss zugestimmt hat.[11] Bei der Anfechtungsklage hingegen beschränkt sich die Aktivlegitimation auf einen eng umschriebenen Personenkreis.[12] Weiter gilt die Nichtzustimmung zum Beschluss als Klagevoraussetzung.[13]

Auch ist die Geltendmachung der Nichtigkeit jederzeit und eventuell auch nach Jahren noch möglich, während das Recht auf Anfechtung eines GVB nach Ablauf einer Frist von zwei Monaten verwirkt.[14]

Des weiteren gibt es noch einen rechtstheoretischen Unterschied. Bei einem nichtigen Beschluss handelt es sich um eine ursprüngliche Ungültigkeit, d.h. um eine "Totgeburt", ein "non existens".[15] Der anfechtbare Beschluss hingegen ist grundsätzlich gültig. Er befindet sich in einem "resolutiven Schwebezustand".[16] Seine Ungültigkeit wird erst durch eine Anfechtungsklage bewirkt und mit dem richterlichen Urteil wirksam.[17]

---

10 Vgl. unten 8.1.
11 Vgl. unten 8.2.
12 Vgl. Kapitel IV,1.
13 Vgl. Kapitel IV,2.2.
14 Vgl. unten 9. und Kapitel IV,6.
15 Schluep 276.
16 Ensslin 32; Peyer 8; vgl.: Herold 96/97; 78 III 45.
17 Vgl.: Kapitel IV,7.3.

5. RECHTSFOLGEN BEI MAENGELN IM INHALT EINES GENERAL-VERSAMMLUNGSBESCHLUSSES

Ein GVB kann Mängel aufweisen, indem er inhaltlich[18] gegen das Gesetz oder die Statuten verstösst.

Im folgenden gilt es nun abzuklären, wann ein solcher Beschluss nichtig ist.

5.1 Keine Nichtigkeit bei Verstoss gegen die Statuten

5.1.1 Begriff der Statuten

Statuten definieren wir in Anlehnung an Hüppi[19] als "Komplex von Rechtsnormen, die als Verfassung von Körperschaften funktionieren und ihren Geltungsgrund unmittelbar in der Privatautonomie haben".

Statuten in dem hier verstandenen Sinne sind also inhaltlich gewillkürte Beschlüsse der GV[20] und damit immer rechtsgeschäftliches Recht. Dieser Statutenbegriff umfasst also keine im Gesetz inhaltlich festgelegten Normen, obschon in der Praxis, aus informatorischen Gründen, stets Gesetzesbestimmungen in den Text der als Statuten überschriebenen Verfassung der Gesellschaft aufgenommen werden. Ein Verstoss gegen solche "Statuten"-Bestimmungen können aber, da sie Gesetzestext sind, eventuell auch die Nichtigkeit zur Folge haben.[21]

---

18 Diese Tatbestände sind streng zu trennen von denjenigen, bei denen der Mangel formeller Art ist, d.h. im Zustandekommen eines Beschlusses oder in der Einberufung einer GV liegt. Diese bilden den Gegenstand von Abschnitt 6. weiter unten.

19 Hüppi, D., Die Methode zur Auslegung von Statuten, Diss. Zürich 1971, S. 1.

20 Strub 48/49; vgl.: Siegwart OR 626 N3; Weber 8 ff.

21 Vgl.: unten 5.4.

5.1.2 Begründung

Als allgemein anerkannter Grundsatz im Recht gilt, dass eine Norm stets durch eine andere Norm ersetzt oder abgeändert werden kann, die im gleichen Verfahren entstanden ist. [22] Ein GVB kann also eine durch einen GVB entstandene Norm [23] jederzeit abändern. Somit kann ein GVB der gegen die Statuten [24] verstösst, nie nichtig sein. [25] Jedoch OR 706, als Spezialbestimmung, unterstellt einen solchen Beschluss der Anfechtbarkeit. [26]

Als weiteres Argument zur Ablehnung der Nichtigkeit bei einer Statutenverletzung wäre, dass letztere die schwächste Form einer Verletzung materiellen Rechts darstellt. Soll nun gelten "lex specialis derogat legi generali", müsste sicher die Statutenverletzung unter OR 706 fallen. [27]

5.2 Keine Nichtigkeit bei Verstoss gegen dispositives Recht

In der Literatur und der Rechtssprechung herrscht Einigkeit darüber, dass Verstösse gegen dispositive Normen nicht zur Nichtigkeit führen. [28]

---

22 Strub 49, in Anlehnung an Burkhardt 152.
23 Gemeint ist damit eine Statutenbestimmung.
24 Dies gilt nur unter Anwendung unseres Statutenbegriffs.
25 Bürgi OR 706 N 33; Peyer 10; Schluep 278; Schucany OR 706 N2a; F. v. Steiger 206; Strub 50 f; vgl. 80 II 271 ff. a.M.: BGE 71 I 389 E 2b, es scheint den oben genannten Grundsatz nicht zu kennen.
26 Vgl.: Kapitel III, 2.
27 Schluep 278.
28 Implizit, da nur Verstösse gegen zwingendes Recht als Nichtigkeitsgründe aufgezählt werden. Vgl. Autoren und Urteile weiter unten: 5.4.

Es ist klar, dass ein Verstoss gegen eine Norm, die nur gelten soll, sofern keine private Norm an ihrer Stelle erlassen wurde, nie von Anfang an ungültig sein kann. [29] Ein GVB der gegen eine dispositive Norm verstösst, kann also nie nichtig sein.

5.3 Keine Nichtigkeit bei Verstoss gegen zwingendes Recht im privaten Interesse

Zwingende Normen sind Normen mit unbedingtem Anspruch auf Befolgung. Aufgrund zwingender Normen ergeben sich aber Berechtigungen, auf die im Einzelfall verzichtet oder eben nicht verzichtet werden kann. Die ersteren stehen ausschliesslich im privaten Interesse. [30] Verstösst ein GVB gegen eine solche verzichtbare Berechtigung [31], bedeutet dies für den nichtzustimmenden Aktionär eine Beeinträchtigung seiner Rechte. Obwohl ein solcher Beschluss grundsätzlich gültig zustande gekommen sein kann, muss er für den in seinem Recht verletzten unwirksam sein. [32] Denn mit der Nichtzustimmung zum in der GV gestellten Antrag, hat er sich negativ zum Entzug geäussert. Dieser Rechtsfolge sind jedoch im Aktienrecht und Gesellschaftsrecht überhaupt, aus Gründen der Rechtssicherheit, grösste Bedenken entgegenzuhalten. Einmal wäre die tatsächliche Tragweite eines Beschlusses kaum abzuschätzen, zum andern könnte für etliche dieser, nur teilweise verbindlichen Beschlüsse, kaum eine praktisch durchsetzbare Ausführung gefunden werden. [33] Ausnahmsweise könnte man sich jedoch die Rechtsfolge der einseitigen Unverbindlichkeit für Beschlüsse dort denken, wo dieser eine ausschliess-

---

29 Strub 54; F.v.Steiger 206.
30 Vgl.: Strub 54 ff; Frei 20 ff.
31 In der Literatur wird von relativ wohlerworbenen Rechten gesprochen.
32 Die Literatur spricht hier von relativer Unwirksamkeit, vgl.: Schluep SJZ 54 (1958) 210 ff.
33 Schluep 288.

lich interne Massnahme zum Gegenstand hat. [34] Hier würde die Gefährdung der Rechtssicherheit zumindest ausser Frage stehen.

In Anlehnung an die Literatur [35] und das Postulat "Im Zweifelsfalle Anfechtbarkeit" [36] wollen wir für GVB die gegen zwingendes Recht im privaten Interesse verstossen, nur die Anfechtbarkeit als Rechtsfolge zulassen.

5.4 Nichtigkeit bei Verstoss gegen zwingendes Recht im öffentlichen Interesse [37]

Verstösst ein GVB gegen eine zwingende Norm aus der eine unverzichtbare Berechtigung fliesst [38], muss ein solcher logischerweise [39] nichtig sein. Normen, aus denen sich unverzichtbare Berechtigungen ergeben, sind stets zwingende Normen im öffentlichen Interesse. [40] Sie wollen die "öffentliche Ordnung" oder das "Recht der Persönlichkeit" schützen. [41]

---

34 Vgl.: Schluep 289; Frei 117.
35 Jagmetti 102; Schluep SJZ 54 (1958) 210 ff bes. 212; Schucany OR 646 N4; vgl. Frei 116 f; Peyer 23.
36 Vgl.: Kapitel I, 2.
37 Funk OR 706 N1; Peyer 17; Schaffner 88; F.v.Steiger 214 f; W.v.Steiger OR 808 N10; Weiss (Einleitung) N 164; Wieland (HRII) 104; n.v. BGE vom 22.11.1939, in: SAG 12 (1939/40) 178.
Vgl. falsch: Ehrbar 23; a.P.: 54 II 19 bes. 26, wo Nichtigkeit bei einem Verstoss gegen zwingende Normen generell angenommen wurde.
38 Die Literatur spricht von absolut wohlerworbenen Rechten.
39 Logischerweise deshalb, weil diese eben definitionsgemäss unverzichtbar sind.
40 Frei 20/21.
41 Peyer 17; Strub 66; vgl.: Peyer 17.

5.4.1 Nichtigkeit bei Verstoss gegen Normen, die das Wesen der AG wesentlich bestimmen

Normen, die das Wesen der AG wesentlich bestimmen sind solche aktienrechtliche Vorschriften, die als Voraussetzung erfüllt sein müssen, damit eine AG zustande kommt oder die die AG wesentlich von anderen juristischen Personen oder individualrechtlichen Personenmehrheiten unterscheiden lässt.[42] Es sind also Normen die spezifisch auf das Aktienrecht zugeschnitten sind. Auf die Einhaltung dieser Normen kann deshalb nicht verzichtet werden, weil sich der mit der AG in Rechtsbeziehung tretende Dritte darauf verlassen können muss, dass die Gesellschaft kraft ihrer Rechtsform bestimmte Eigenschaften aufweist. Man denke da z.B. an die Regelung der Art und des Ausmasses der Haftung für Gesellschaftsschulden, der Vertretungsmacht usw.[43]

Auch die Aktionäre sollen sich aus Gründen der Verkehrssicherheit auf einen minimalen Rahmen von Normen verlassen können, wären doch ansonsten willkürliche Beschneidungen ihrer Rechte in unvorherzusehendem Umfange möglich. Diese Normen stehen somit zum Schutze der öffentlichen Ordnung und damit im öffentlichen Interesse.

Wohl in Anlehnung an solche Ueberlegungen[44] werden auch in der Literatur und Rechtssprechung[45] GVB, die gegen zwingende Normen verstossen, die das Wesen der AG wesentlich bestimmen, als nichtig bezeichnet.

---

42 Frei 68; vgl.: Frei 69 ff; Peyer 17.
43 Vgl.: Meier-Hayoz 185 f.
44 ... und sicher auch in Anlehnung an das deutsche Aktiengesetz. Vgl.: deutsches Aktiengesetz von 1937, § 195 II, das diesen Verstoss explizit als Nichtigkeitsgrund nennt.
45 Bürgi IR 706 N9; Patry (Secrétan) 235/236; Peyer 18 ff; vgl.: Schaffner 91 f; Schluep 281 u. SJZ 54 (1958) 210; Schucany OR 706 N9; S. 142; F.v.Steiger 204; W.v.Steiger OR 808 N 10; 86 II 88; a.M.: Okur 71 ff, er lehnt dieses Kriterium ab.

In der Folge werden Nichtigkeitsgründe der oben beschriebenen Kategorie aufgezählt, die durch die Rechtssprechung und Literatur als solche anerkannt sind:

5.4.1.1 Nichtigkeit wegen Aenderung der grundlegenden Organisation der AG

Würde eine GVB die Abschaffung eines Organs der AG, wie die Generalversammlung, der Verwaltungsrat oder die Kontrollstelle vorsehen, wäre dieser nichtig.[46] Auch nichtig wäre ein Beschluss, der zwei parallel bestehende Verwaltungen ernennen würde.[47] Als nichtig zu betrachten wäre ebenfalls die Einführung einer Delegiertenversammlung an Stelle der GV.[48]

5.4.1.2 Nichtigkeit wegen Uebertragung der Kompetenzen der GV an andere Organe

GVB, die die Abtretung von Kompetenzen der GV an andere Organe bestimmen, wären nichtig.[49]

Auch nichtig wären somit:
- GVB, die die Selbstwahl der Verwaltung einführen[50]

---

46 Vgl.: 71 I 389 (Vereinsrecht).
47 Frei 69/70, 89; vgl.: Bürgi OR 706 N 9; Feldmann 81; Peyer 20; Weiss (Einleitung) N164.
48 Frei 89.
49 Frei 89; Peyer 20; 51 II 333 ff; 59 II 264 ff. bes. 262.
50 Frei 70; Peyer 19.

- ein statutenändernder Beschluss, der vorsehen würde, dass Beschlüsse der GV zu ihrer Gültigkeit noch zusätzlich der Zustimmung eines oder mehreren Aktionären bedürfen. [51]

5.4.1.3 Nichtigkeit wegen Erleichterung der gesetzlich geforderten qualifizierten Mehrheit

Ein GVB der eine Erleichterung der gesetzlich geforderten qualifizierten Mehrheit [52] vorsieht, ist nichtig. [53] Denn diese Bestimmungen sollen dem Aktionär eine gesetzliche Gewähr bieten für die Erhaltung des Einsatzzweckes und der gerechtfertigten Verwendung seines zur Verfügung gestellten Kapitals, sowie für die Erhaltung seines negativen Mitspracheumfanges.

Hingegen eine Erschwerung der gesetzlich vorgesehenen qualifizierten Mehrheit, sowie die Erschwerung als auch Erleichterung des Präsenzquorums [54] ist möglich. [55]

Auch die Erschwerung der Beschlussfassung, wenn auch oft nicht zweckmässig, ist im Rahmen von Treu und Glauben und unter Vorbehalt der wohlerworbenen Rechte des Aktionärs möglich. [56] Ob sogar die Einstimmigkeit statuiert werden könnte, ist kontrovers. [57]

---

51 F. v. Steiger 287/88; 67 I 264 ff, bes. 267/268.
Hingegen zulässig ist es, dass die Verwaltung, auch wenn sie zur Entscheidung allein befugt wäre, die Zustimmung der GV über einen Sachverhalt einholt. Vgl.: 100 II 387 ff, E 2a.
52 Vgl.: OR 636, 648 I.
53 Forstmoser 153 N 12; Frei 74.
54 Vgl.: OR 649 I, 655, 658.
55 Forstmoser 153 N 12; Frei 74.
56 Forstmoser 153 N 13.
57 Forstmoser 153 N 13 bejaht; a.M.: Frei 74.

5.4.1.4 Nichtigkeit wegen Einführung der persönlichen Haftung oder der Nachschusspflicht

Die Einführung einer persönlichen Haftung[58] oder einer generellen Nachschusspflicht[59] wäre mit dem Wesen der AG als Kapitalgesellschaft kaum vereinbar und deshalb nichtig.

5.4.1.5 Nichtigkeit wegen Verstoss gegen Normen zur Erhaltung des Grundkapitals

Ein aussenstehender Dritter, der mit der AG in Rechtsbeziehung tritt, insbesondere die Gläubiger, müssen sich darauf verlassen können, dass das Grundkapital als Bindungsziffer für ein Mindestgarantievermögen erhalten bleibt. Nichtig wäre deshalb:

- die Einführung eines Grundkapitals, dessen Höhe nicht genau bestimmt ist[60]
- ein Beschluss, der die Rückzahlung des Grundkapitals ohne Beachtung der Kapitalherabsetzungsvorschriften vorsehen würde[61]
- ein Bilanzgenehmigungs- oder Gewinnverteilungsbeschluss der gegen die Vorschriften von OR 671 zur Bildung der gesetzlichen Reserven verstösst.[62]
- ein GVB, der die Ausgabe von nennwertlosen Aktien vorsehen würde[63] (Ausnahme: wenn dies eine Sanierung erfordern würde).[64] Eine

58 Bürgi OR 706 N 9; Frei 75; Peyer 20; Schucany OR 706 N2 Ab; F.v.Steiger 204; Weiss (Einleitung) N 164; a.M.: Okur 73.
59 Bürgi OR 706 N 9; Peyer 20; vgl.: Schluep 282; Schucany 706 N 2 Ab; F.v.Steiger 204; Weiss (Einleitung) N 164; vgl. a.M.: Frei 76.
60 Schucany OR 706 N 2b.
61 Bürgi OR 706 N8; Frei 78; Peyer 24 ff; Schucany OR 706 N26; F.v.Steiger 204; 65 I 148 f; SJZ 50 (1954) 130 f.
62 Bürgi OR 671 N 82 u. N 105 ff; Frei 79/80; Peyer 26; a.M.: Siegwart (Einl.) N 274; Steiner SAG 12 (1939/40) 76.
63 Forstmoser 229 N4; Peyer 21.
64 Vgl.: 86 II 80/81.

Stückelung der Aktien unter Fr. 100.- wäre lediglich anfechtbar
- die Einführung der Verzinslichkeit des Grundkapitals [65]
- die Ausgabe von Aktien unter dem Nennwert [66]
- die Ausgabe nicht voll einbezahlter Inhaberaktien [67]

5.4.1.6 Nichtigkeit wegen eines generellen Entzuges von unverzichtbaren Rechten

Es gibt Aktionärsrechte, die sogenannten absolut wohlerworbenen Rechte des Aktionärs, die nicht nur im Interesse des einzelnen Aktionärs bestehen, sondern die körperschaftliche Struktur der AG gewährleisten. [68]

Ein genereller Entzug dieser Rechte, auch mit Zustimmung des einzelnen Aktionärs ist nichtig. [69]

Als absolut unentziehbare Rechte gelten: [70]
- das Mitgliedschaftsrecht als solches (OR 646 III)
- das Stimmrecht
- das Recht auf Anfechtung (OR 706) [71]
- das Recht eine Verantwortlichkeitsklage gegen die Verwaltung anzustrengen (OR 754)

---

65 Bürgi OR 706 N9; Frei 78; Schucany OR 706 N 2b; F. v. Steiger 204; W. v. Steiger OR 808 N10; Weiss (Einl.) N164. Vgl.: 46 II 160, Nichtig seien Beschlüsse des Inhalts, es solle ohne Rücksicht auf das Jahresergebnis ein Zins ausgeschüttet werden.

66 Bürgi OR 706 N9; Frei 78; Schucany OR 706 N 2b; F. v. Steiger 204.

67 Bürgi OR 706 N8; Schucany OR 706 N 2b; F. v. Steiger 204.

68 Forstmoser 238 N14.

69 Vgl.: Forstmoser 238 N14; Peyer 23; Schluep 282.

70 Forstmoser 238 N15; vgl.: Bürgi OR 706 N10; Peyer 23; Schucany OR 706 N 2b; Weiss (Einl.) N164.

71 Vgl.: Kapitel I, 3. Siehe auch: 3.1 und 3.3.

- Minderheitsrechte:
  - das Recht auf Einberufung der GV (OR 699 III)
  - das Recht auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen (OR 736 Ziff. 4)
- Gruppenrechte:
  - das Recht auf einen Vertreter im VWR (OR 708 IV)

Jedoch ist zu beachten, dass der Beschluss nur nichtig ist, wenn ein unverzichtbares Recht generell entzogen wird. Im Einzelfall aber, kann der Aktionär darauf verzichten[72]; so kann er z.B. darauf verzichten, eine Anfechtungsklage anzustrengen.

5.5 Nichtigkeit wegen Unmöglichkeit

Ein GVB gilt als unmöglich, wenn sein Inhalt eine rechtliche oder tatsächliche Unmöglichkeit enthält.[73]

Ist ein GVB unmöglich, dann muss er nichtig sein.

Zur Abklärung einer tatsächlichen oder rechtlichen Unmöglichkeit müssen die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts zur Anwendung kommen.

---

72 Forstmoser 238 N16; vgl.: Bürgi OR 706 N29; Peyer 22/23; Schluep 281/282, 287.

73 Vgl.: Schaffner 97/98.

5.5.1 Nichtigkeit wegen eines Eingriffs in Drittrechte

Im Privatrecht gilt der Grundsatz, dass jeder nur sich selber verpflichten kann. [74] Es hat also nur der eine Kompetenz, eine Norm zu setzen, wenn er durch diese selbst verpflichtet wird. Greift ein GVB in Drittrechte ein, dann muss er nichtig sein. [75]

Zu beachten ist jedoch, dass ein GVB, wenn er auf externe Wirksamkeit gerichtet ist, stets in Drittrechte eingreifen wird, so dass er deshalb nicht gleich als nichtig betrachtet werden darf. [76] Ein GVB kann nur dann nichtig sein, wenn er schon dank seiner Wirkung und nicht erst durch seine Ausführung Rechte aussenstehender Dritter beeinträchtigt. [77]

In der Literatur und Rechtssprechung werden insbes. folgende Rechte als Drittrecht und damit von einem GVB unabhängig und unantastbar bezeichnet:

- Rechte der Genussscheininhaber:
  Diese Rechte beruhen nach noch herrschender Auffassung auf Vertrag, dessen Inhalt jedoch in den Statuten verurkundet wird. [78] Deshalb ist die GV zur Aufhebung solcher Rechte nicht kompetent. Die Nichtigkeit ist auch ohne die rechtstheoretische Begründung schon deshalb zu befürworten, wenn man bedenkt, dass dem Genussscheininhaber keine Rechtsbehelfe wie dem Aktionär offenstehen. [79]

---

74 Vgl. Burkhardt (Einf.) 46.
75 Ensslin 31; Jagmetti 42/43; Peyer 17; vgl.: Weiss SJZ 39 (42/43) 536.
76 Frei 88.
77 Frei 88.
78 Siegwart OR 657/58 N13; Broillet Marcel, Der Genussschein nach dem neuen schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Zürich 1950, 30ff; 31 II 459. Vgl.: Funk OR 657 N 4; Schucany OR 657 N1; Strub 76/77.
79 Im Zuge der unmittelbar bevorstehenden Aktienrechtsrevision erscheint diese Auffassung als überholt. Vgl.: Bär SAG 48 (1976)

- Rechte auf beschlossene Dividende und Tantiemen:

Für die Geltendmachung von Dividenden[80] und Tantiemen[81] kommt dem Aktionär bzw. dem Verwaltungsratsmitglied die Stellung eines Gläubigers zu. Ein GVB der einem Berechtigten solche Gläubigerrechte entzieht, ist somit unwirksam und nichtig.[82] Ist jedoch der zu ihrer Grundlage dienende Gewinnverteilungsbeschluss nichtig oder aufgrund einer Anfechtungsklage aufgehoben worden, kann dieser keinen Gläubigeranspruch zur Entstehung bringen.[83] Lediglich ein gutgläubiger Empfänger ist zu schützen.[84]

- Persönlichkeitsrechte:

Das Recht auf Schutz der Persönlichkeit wird vom Gesetz als unverzichtbar bezeichnet.[85] Ein Verstoss dagegen muss nichtig sein.

Als Teil des Persönlichkeitsrechts gilt das Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung.[86] Ein GVB, der Boykotthandlungen vorsieht, ist somit nichtig.[87]

Fortsetzung N 79:
108 lit. 3ff.; der jede Subsumtion des Genussscheins unter bestehende rechtliche Erscheinungen ablehnt und Art. 656 c des Vorentwurfs, der jedem Partizipant ein Anfechtungsrecht zuerkennt.

80 Vgl.: Forstmoser 237 N13. Das gleiche gilt für zugesicherte Bauzinsen.

81 75 II 153 ff; Bürgi OR 677 N 28.

82 Vgl.: Strub 77.

83 Bürgi OR 677 N 28.

84 Vgl.: Kapitel IV, 7.3.

85 ZGB 27.

86 Egger ZGB 28 N51; Burkhardt (Einf.) 89.

87 Strub 77.

5.6 Nichtigkeit wegen Verstoss gegen die guten Sitten

Verstösst ein GVB mit seinem Inhalt gegen die guten Sitten, dann ist er nichtig. [88]

Verstösst der GVB nicht inhaltlich, sondern im Beweggrund oder Zweck gegen die guten Sitten, dann ist er lediglich anfechtbar. [89]

Zu beachten ist weiter, dass hierunter nicht GVB fallen, die unter unsittlicher Willensbeeinflussung entstanden sind. [90]

Nichtig sind z.B. Beschlüsse der GV, die der Verwaltung die Aufträge erteilen würden, wucherische Verkaufspreise festzusetzen oder die Kundschaft auszubeuten. [91]

6. RECHTSFOLGEN BEI VERLETZUNG VON FORMVORSCHRIFTEN ZUR EINBERUFUNG EINER GENERALVERSAMMLUNG ODER ZUR FASSUNG EINES GENERALVERSAMMLUNGSBESCHLUSSES

Formelle Vorschriften umschreiben Gültigkeitsvoraussetzungen für rechtsgeschäftliches Recht und damit auch für Generalversammlungsbeschlüsse.

Ein GVB kann deshalb einzig gültig sein, wenn die zu seiner Voraussetzung gemachten Formvorschriften erfüllt sind. Formelle Vorschriften sind somit zwingender Natur. [92] Jeder Aktionär hat ein Recht darauf,

---

88 OR 19/20; Oesch 179; Rulf 67; Schluep und dort zit. Lit. 282, 307; 54 II 26 E 4.
89 Oesch 179; Peyer 40; Rulf 67; 59 II 49 E 4.
a.M.: Frei 26, 84, dem die Abgrenzung hier nicht gelungen ist.
90 Frei 26; vgl.: Kapitel V,4.
91 Schluep 307.
92 Vgl.: Frei 25; Strub 41.

dass diese eingehalten werden. Im Einzelfall und unter gewissen Voraussetzungen kann er aber darauf verzichten. Ausnahmsweise jedoch sind sie absolut zwingend unter Androhung der Nichtigkeit einzuhalten. Wann das eine und wann das andere der Fall ist, wird in den folgenden Abschnitten erörtert.

6.1 Rechtsfolge bei Verstoss gegen Formvorschriften, auf deren Einhaltung verzichtet werden kann

Verletzt ein GVB Formvorschriften, die im privaten Interesse erlassen wurden[93], dies trifft insbesondere für statutarische Formvorschriften zu, kann jeder Aktionär auf deren Einhaltung im Einzelfall verzichten, indem er sein Recht auf Anfechtung nicht ausübt oder an der einberufenen GV teilnimmt und dem Antrag zustimmt.[94]

Ist die Verletzung der Formvorschrift aber derart, dass es dem Aktionär nicht mehr möglich ist, eine Anfechtungsklage überhaupt anzubringen, dann muss die Nichtigkeit die Rechtsfolge sein.[95] Weiss z.B. ein Aktionär nicht, dass eine GV stattgefunden oder ein Beschluss gefasst wurde, bleibt ihm die Möglichkeit einer Anfechtung versagt.

Im folgenden seien einige Nichtigkeits- und Anfechtungstatbestände[96] aufgeführt.

---

93 Wann die Norm im privaten oder im öffentlichen Interesse steht, ist durch Auslegung festzustellen. Um dem Leser diese Arbeit abzunehmen, folgt in den nächsten Abschnitten jeweils eine ausführliche Kasuistik.

94 Mit der Zustimmung verliert er sein Anfechtungsinteresse und damit sein Anfechtungsrecht; vgl. Kapitel IV, 2.1.

95 Wenn die Rechtsfolge der lex specialis nicht mehr eintreten kann, dann muss die Rechtsfolge der lex generalis zur Anwendung kommen. Frei 39, 66; vgl.: Okur 65, 74; Strub 88, in Anlehnung an Frei.

96 Die Aufführung von Anfechtungstatbeständen erfolgt zur Betonung, dass dort auf keinen Fall Nichtigkeit die Rechtsfolge sein kann.

Die Verletzung der Formvorschrift führt nur zur Anfechtbarkeit:

- wenn Ort und Zeit der GV in der Einladung nicht bekannt gegeben wurden, wenn der einmal gewählte Ort aus nicht zwingenden Gründen abgeändert wurde oder die GV vor dem angekündigten Zeitpunkt stattfand[97]

- wenn ein Aktionär in der GV nicht zur Diskussion zugelassen wurde[98]

- wenn die zehntägige Einladungsfrist (OR 700 I) nicht eingehalten wurde[99]

- wenn die GV tumultuös verlaufen ist[100]

- wenn bei der Beschlussfassung die Vorschriften über das Stimmenquorum[101] verletzt wurde[102].
  Dies kann damit begründet werden, dass ein solcher Beschluss weder gegen die Grundstruktur der juristischen Person verstösst noch mit den Grundsätzen zum Schutze der Gläubiger unvereinbar ist. Sie steht also nicht im öffentlichen Interesse.[103] Zudem ist das Anfechtungsrecht in keiner Weise gefährdet.

---

97 Bürgi OR 700 N2; Frei 40; Schluep 279; F.v.Steiger 207; n.v.BGE vom 22. November 1939, in: SJZ 36 (1939/40) 275 f.
98 Bürgi OR 689 N10; Schucany 689 N1, in Anlehnung an einen Entscheid des Cour de justice Genf, in: SJZ 23 (1926/27) 9 f.
99 Bürgi OR 700 N27; Forstmoser 150 N20; Frei 40; Schucany OR 700 N2; Strub 102; 50 II 498 f.
100 Vgl.: 59 I 239 ff, hier ist das BG nicht auf den Tatbestand eingetreten. a.M.: Frei 47.
101 OR 650, 636, 648.
102 Feldmann 89; Frei 58; Okur 67; Strub 114 ff. a.M.: Bürgi OR 706 N 11; Funk OR 648 N1; Jagmetti 43.
103 Vgl.: 93 II 30 (Pr 56 Nr. 118); 86 II 88; 80 II 278. Alte Praxis: 78 III 43 E 9; 55 II 105.

- wenn bei der Beschlussfassung die Vorschriften über das Präsenzquorum[104] verletzt wurden.[105]
  Es gilt die gleiche Argumentation wie für die Verletzung des Stimmenquorums.

- wenn der Verhandlungsgegenstand des GVB nicht auf der Traktandenliste war (OR 700 I).[106]
  Diese Vorschrift wurde offensichtlich nur im Interesse der Aktionäre erlassen; welche öffentlichen Interessen hier im Spiel sein sollten ist nicht ersichtlich.[107] Auch wusste der Aktionär, dass eine GV stattgefunden hat, an der er hätte teilnehmen oder sich zumindest hätte vertreten lassen können.

- wenn bei der Bilanzgenehmigung durch die GV kein Kontrollbericht vorgelegen hat (OR 729 II).[108]

- wenn der Geschäftsbericht nicht vorgelegen hat[109]

- wenn der Antrag auf eine Statutenänderung nicht aufgelegen hat (OR 700 I)[110]

- wenn bei der Zählung der Stimmen ein Fehler unterlaufen ist[111]

---

104 OR 655, 658, 649.
105 Feldmann 60, 89; Frei 46, 60; Okur 67; Strub 104; sinngemäss anderer Meinung Jagmetti 41 f.
106 Bürgi OR 700 N 27, Forstmoser 150 N 20; Funk OR 700 N 5; Patry (Secrétan) 233; 103 II 141 ff; 80 II 271 ff; a.M.: Okur 66 f; Strub 96 ff.
107 n.v. BGE vom 22. November 1939, in: SJZ 36 (1939/40) 275 f; 80 II 275.
108 81 II 463 unten; 92 II 246; Frei 61; a.M.: Guhl 626; Schucany OR 729 N 5; Strub 86; vgl. Peyer 28 f.
109 Frei 61; ZR 74 (1975) 57.
110 Forstmoser 150 N20; n.v. BGE vom 22. November 1939, in: SJZ 36 (1939/40) 275.
111 Jagmetti 35; SAG 44 (1972) 90.

- wenn an der Abstimmung Personen teilgenommen haben, die dazu nicht legitimiert[112] sind[113]

Hingegen als nichtig sind Beschlüsse einer Universalversammlung zu betrachten, an der nicht alle Aktionäre anwesend sind.[114] Wohl ist diese Formvorschrift nur im Interesse der Aktionäre aufgestellt worden; sind aber nicht sämtliche Aktien vertreten, dann besteht die Gefahr, dass die betreffenden Aktieninhaber nicht wissen, dass eine GV stattfindet oder welche Beschlüsse an der Versammlung gefasst wurden. Somit ist auch eine allfällige Ausübung des Anfechtungsrechts in Frage gestellt.[115]

Weder Nichtigkeit noch Anfechtbarkeit ist anzunehmen bei der Verletzung einer Ordnungsvorschrift. Als Ordnungsvorschrift gilt:

- die Protokollführungsvorschrift.[116] Grundsätzlich ist eine Anfechtungsklage nicht möglich, liegt doch bei einer Verletzung der Protokollführungspflicht eine Pflichtverletzung der Verwaltung vor.[117] Als mögliche Sanktion bleibt lediglich die Verantwortlichkeitsklage.[118] Zudem hat die Protokollierung keine konstitutive Bedeutung.[119] Sie hat nur Beweisfunktion[120], jedoch keine Beweiskraft.[121]

---

112 OR 627 Ziff. 10; OR 689 II; OR 691 I.
113 OR 691 III; Feldmann 87; 96 II 23 E 3; 51 II 69.
114 Bürgi 701 N 6; Forstmoser 148/149 N 8; SAG 33 (1960/61) 25 a.M.: 86 II 95 ff. bes. 97.
115 Vgl.: Strub 104 f.
116 Frei 60; vgl. Strub 113/114; siehe auch: Wydler Theodor, Protokollführung im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1956, bes. 116.
117 Jagmetti 36; vgl. Schucany OR 702 N2; a.M.: Stebler 44.
118 Schett 125 f.; Strub 114.
119 Bürgi OR 702 N32; Feldmann 87.
120 Bürgi OR 702 N33.
121 Bürgi OR 702 N32; Funk OR 702 N3.

- OR 699 II; danach hat die ordentliche GV innerhalb von 6 Monaten nach Schluss des Geschäftsjahres stattzufinden. In der Praxis jedoch muss diese Frist nicht selten aus sachlichen Erwägungen verlängert werden.[122]

Keine Nichtigkeit ist anzunehmen, wenn ein statutenändernder GVB nicht im Handelsregister eingetragen wird.[123] Dieser ist schon vor der Eintragung gültig[124], jedoch für die Aktionäre, die Organe und Dritte noch nicht wirksam.[125,126]

Anfechtbar ist ein solcher Beschluss nicht, weil die Nichteintragung ihre Ursache in einer Pflichtverletzung der Verwaltung hat. Als Rechtsbehelf wäre somit lediglich die Verantwortlichkeitsklage möglich.

6.2 Nichtigkeit bei Verstoss gegen Formvorschriften, auf deren Einhaltung nicht verzichtet werden kann

Wurde ein GVB unter Verletzung von Formvorschriften gefasst, auf deren Einhaltung nicht verzichtet werden kann, muss dieser nichtig sein.[127] Formvorschriften, auf die nicht verzichtet werden kann, sind

---

122 Bürgi 699 N36; Strub 87.
123 a.M.: Patry (Secrétan) 228 f.
124 Strub 112 mit Begründung.
125 OR 647 III; 84 II 40 ff; 55 II 104 ff. Die hier vertretene Auffassung ist in der Literatur kontrovers. Vgl.: Funk OR 647 N6; Okur 68, 98; Patry (Secrétan) 228 f; Schucany OR 647 N6; Siegwart OR 647 N 12 f; F.v.Steiger 289 ff; Weber 82 ff. Siehe auch: 97 II 189; n.v.BGE vom 12. Dez. 1968, in: JT 117 (1969) I 379 f.
126 Jedoch kann die GV gestützt auf die neue Bestimmung schon vor deren Eintragung Beschlüsse und Wahlen vornehmen (60 I 385). Ihre Gültigkeit hängt aber davon ab, dass der Statutenänderungsbeschluss später auch wirklich eingetragen wird (Schucany OR 647 N6; F.v.Steiger 290).
127 ...denn sie sind definitionsgemäss eben unverzichtbar.

solche, die im öffentlichen Interesse erlassen wurden, oder die das Wesen der AG wesentlich bestimmen.[128]

In der Literatur und Rechtssprechung wird Nichtigkeit angenommen:

- bei Zirkulationsbeschlüssen. Dem Gesetzgeber geht es offensichtlich darum, die Gesellschafter für die Willensbildung zu versammeln, um eine freie Diskussion und Beschlussfassung zu ermöglichen. Dies entspricht dem Leitbild einer Gesellschaft als eine Gruppe zusammengeschlossener Personen. So verlangt denn auch das Gesetz eine persönliche Anwesenheit oder zumindest eine persönlich anwesende Vertretung.[129] Zirkulationsbeschlüsse erfüllen nun dieses Erfordernis nicht und verstossen deshalb gegen eine Norm, die das Wesen der AG wesentlich bestimmen. Darum sind sie nichtig.[130]

- wenn die GV von einer nicht zuständigen Stelle einberufen wurde[131]

- wenn die GV gänzlich aus Nichtaktionären oder Nichtmehraktionären besteht[132]

---

128 Vgl.: oben 5.4.

129 Vgl.: 67 I 346 f, Aus dem Fehlen einer aktienrechtlichen Bestimmung und der als offensichtliche Ausnahmen erlassenen Regelungen für die GmbH und Genossenschaft, muss der Schluss gezogen werden, dass hier keine Gesetzeslücke vorliegt und somit der Gesetzgeber qualifiziert schweigt. Für diese Ansicht sprechen auch die Materialien (StenBull. NR (1934) 140).

130 Bürgi OR 706 N11; Feldmann 86; Frei 41/42; Funk 706 N1; Jagmetti 42; Meier-Hayoz 276 N126; Okur 129; Patry (Secrétan) 231 unten; Peyer 13; Schluep 279; Strub 83; Weiss (Einl.) N165; 67 I 346 E 3; 71 I 383; 93 II 30 E 4.

131 Bürgi OR 706 N11; Funk OR 706 N1; Jagmetti 42; Weiss (Einl.) N165; Wieland SAG 24 (1951/52) 113 FN 1; 71 I 387 bzw. 417; 78 III 46.

132 Denn hier liegt offensichtlich keine GV in unserem Sinne mehr vor (vgl. Kapitel I, 4.1).
Funk 706 N1; Okur 61/62; SJZ 43 (1947) 224.

- wenn der Beschluss infolge Stimmengleichheit nicht zustande gekommen ist, aber als solcher bezeichnet wurde. Die GV fasst nach OR 703 ihre Beschlüsse, sofern das Gesetz[133] oder die Statuten es nicht anders bestimmen, mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen. Tritt in einer GV nun Stimmengleichheit auf, gilt der Beschluss als nicht zustande gekommen, bzw. der Antrag als abgelehnt. Ein solcher Beschluss kann positiv keine Gültigkeit erlangen.[134] Würde trotz der Stimmengleichheit der Beschluss als zustandegekommen bezeichnet, würde dies gegen Formvorschriften verstossen, die für das Wesen der AG bestimmend sind. Bekanntlich gilt das Mehrheitsprinzip. Zulässig ist hingegen eine statutarische Bestimmung, wonach der Vorsitzende bei Stimmengleichheit den Stichentscheid habe.[135] Auf diese Weise zustandegekommene Beschlüsse sind jedoch anfechtbar.[136]

- wenn nicht alle Aktionäre zur GV eingeladen wurden.[137] Begründen lässt sich dies damit, dass der nichteingeladene Aktionär um sein Anfechtungsrecht gebracht wird. Denn dieser weiss unter Umständen nicht, dass eine GV stattgefunden hat und dass Beschlüsse gefasst wurden.[138]

- wenn der GVB, obschon vom Gesetz gefordert[139], nicht öffentlich beurkundet wurde.[140]

---

133 OR 623 II, 635 III, 636, 646, 648 I, 650 II, 825 III.
134 Ensslin 61; Feldmann 60 f; Frei 62; Schluep 279; F. v. Steiger 204.
135 Vgl.: Forstmoser 158 N 32 ff.
136 Semjud. 92 (1970) 165 ff.
137 Bürgi OR 700 N2, OR 706 N11; Strub 88; SAG 41 (1969) 212 ff.
138 SAG 41 (1969) 214.
139 OR 637/638, 647, 650, 734, 736 Ziff. 2, 779, 791 IV.
140 Bürgi OR 706 N12; Feldmann 89; Funk OR 637 N1; Peyer 14 f; Schluep 280; Strub 111; vgl.: ZBJV 72 (1936) 502 ff. a.M.: Frei 59 f; Okur 68.

Die öffentliche Beurkundung dient als Grundlage für den Handelsregistereintrag. Sie bestätigt, dass der Beschluss gültig zustandegekommen ist, bevor dieser eingetragen wird und auch für Dritte die Verbindlichkeit erlangt. Damit steht die öffentliche Beurkundung im öffentlichen Interesse.

7. ZUSAMMENFASSUNG

Ein GVB ist nichtig:

- wenn er formell oder inhaltlich gegen zwingendes Recht im öffentlichen Interesse verstösst[141]
- wenn sein Inhalt unmöglich ist[142]
- wenn sein Inhalt gegen die guten Sitten verstösst[143]

Umgekehrt ist Nichtigkeit nie anzunehmen:

- wenn der GVB inhaltlich und formell gegen statutarische oder dispositive Vorschriften verstösst[144]
- wenn der GVB gegen zwingende Vorschriften im privaten Interesse verstösst[145], ohne dass dadurch die Möglichkeit zu einer Anfechtungsklage in Frage gestellt wird.

---

141 Wieland (HR II) 104; n.v.BGE vom 22. Nov. 1939, in: SJZ 36 (1939/40) 275; vgl.: 86 II 88.
142 Vgl.: 86 II 88; 93 II 30 (Pr 56 Nr.118 S. 368).
143 Ebenda
144 n.v.BGE vom 22. Nov. 1939, in: SJZ 36 (1939/40) 275; 80 II 275 E 1a.
145 Ebenda

Wann eine Gesetzesbestimmung dispositiv oder zwingend bzw. im öffentlichen oder privaten Interesse erlassen wurde, ist durch Auslegung zu bestimmen. [146]

In Zweifelsfällen ist aus Gründen der Rechtssicherheit bloss Anfechtbarkeit anzunehmen. [147]

8. NICHTIGKEIT VON VERWALTUNGSRATSBESCHLUESSEN

Auch Verwaltungsratsbeschlüsse können nichtig sein. Es gelten die gleichen Nichtigkeitsgründe wie für GVB. [148]

Liegen Tatbestände vor, bei denen GVB anfechtbar wären, ist bei Vorliegen eines Verwaltungsratsbeschlusses lediglich die Verweigerung der Decharge, die Schadenersatzklage, die Abberufung der Verwaltung oder die Klage auf Auflösung möglich. [149] Die Anfechtungsklage ist grundsätzlich für VRB nicht zugelassen. [150]

---

146 Guhl 64/65; vgl.: Schucany OR 706 2C; 78 III 47.
147 Vgl.: oben 2.
148 Jagmetti 104; Patry (Secrétan) 237; Schluep 280; SJZ 65 (1969) 39 f. a.M.: Kohler 77, Stebler 34, die für die Anwendung der Nichtigkeit für VRB, aus Gründen der Rechtssicherheit, einen strengeren Massstab angewendet wissen wollen.
149 Vgl.: Jagmetti 104 ff.
150 Vgl.: Kapitel I, 4.2.

9. GELTENDMACHUNG DER NICHTIGKEIT

Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten.[151] Ein nichtiger Beschluss kann also keine Wirkung entfalten. Jedoch kann sie auch formell durch eine Feststellungsklage beim Richter[152] oder durch eine Einwendung geltend gemacht werden.[153]

9.1 Beachtung der Nichtigkeit von Amtes wegen

Stellt der Richter in einem Verfahren oder der Handelsregisterführung[154] in einem Eintragungsbegehren einen Nichtigkeitsgrund fest, dann haben sie ihn von Amtes wegen zu beachten.[155]

Wurde die Nichtigkeit eines schon eingetragenen Beschlusses festgestellt, dann ist dieser sofort zu löschen.[156]

Auch die Verwaltung hat die Nichtigkeit von Amtes wegen zu beachten und darf einen solchen Beschluss nicht ausführen[157]; ansonsten kann sie sich verantwortlich machen.[158]

---

151 Bürgi OR 706 N15; Ensslin 32; Funk OR 706 N1; Peyer 45; Schluep 282/283; Schucany OR 706 N1; W. v. Steiger OR 808 N10; Wieland (HR II) 104; 100 II 387; 64 II 152.

152 Bürgi 706 N14; Funk OR 706 N1; Schluep 283; 64 II 152; 54 II 26.

153 Bürgi OR 706 N14; Funk 706 N1; vgl.: Schluep 283.

154 Sofern die Beschlüsse im Handelsregister eingetragen werden müssen.

155 Weiss (Einl.) N200.

156 Dies kann geschehen, da Verfügungen in Handelsregistersachen der materiellen Rechtskraft nicht fähig sind (56 I 363). Es kann also auf sie zurückgekommen werden, wenn sich herausstellt, dass die Eintragung gegen wesentliche Elemente verstösst oder der Registerführer getäuscht wurde (n. v. BGE 26. Nov. 1939, in: SAG 12 (1939/40) 179).
HRegV 32 I; Funk OR 706 N1.

157 Peyer 44; Weiss (Einl.) N201.

158 Vgl.: Kapitel V, 1.3; a.M.: Schucany OR 706 N 1a.

9.1.1 Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers

Unbestritten ist die Befugnis des Handelsregisterführers, begehrte Eintragungen einer formellen wie materiellen Prüfung zu unterziehen. Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich in bezug auf seine Befugnisse bei der Prüfung der rechtlichen Zulässigkeit des Inhalts eines Beschlusses, aufgrund deren er eventuell die Eintragung verweigert. In Lehre[159] und Rechtssprechung[160] herrscht die Ansicht, dass die Eintragung nur dann verweigert werden darf und muss, wenn der GVB ohne jeden Zweifel, offensichtlich und unzweideutig der Nichtigkeit anheimfallen muss. Im Zweifelsfalle darf der Eintrag nicht verweigert werden. Der Grund für diese Kognitionsbeschränkung liegt darin, dass das Handelsregisteramt lediglich Verwaltungsbehörde ist, die Treu nach dem Prinzip der Gewaltentrennung nicht mit richterlichen Kompetenzen ausgestattet sein kann.[161] Es bleiben ihm lediglich die Nichterfüllung registerrechtlicher Voraussetzungen zu prüfen, worunter sicher die Prüfung der offensichtlichen Rechtswidrigkeit fällt. Die blosse Anfechtbarkeit ist jedoch nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen.[162]

---

159 Okur 51 ff; Forstmoser 100 N 30 f; Frei 120 ff; Patry (Secrétan) 228 ff; Siegwart OR 640 N18; F. v. Steiger 132 ff; siehe auch: Beck Peter, Die Kognition des Handelsregisterführers im Recht der AG, Aarau 1954.

160 91 I 362; 86 I 107; 85 I 64; 75 I 324; 67 I 113/114, 345; 62 I 262; 60 I 57 ff, 391 f; n. v. BGE vom 22. Nov. 1939, in: SAG 12 (1939/40) 176 ff; n. v. BGE vom 16. Sept. 1944, in: SAG 17 (1944/45) 78 f; SJZ 47 (1951) 208 ff.

161 Vgl.: FN 160, bes.: 67 I 345; 81 I 399 f.

162 Vgl. Kapitel IV, 3.4.

9.2 Geltendmachung durch Feststellungsklage

Da die Nichtigkeit von Amtes wegen zu beachten ist, wäre eine Klageanhebung für die Geltendmachung der Nichtigkeit eigentlich nicht nötig. In der Praxis jedoch ist die Frage, ob Nichtigkeit vorliegt oder nicht, oft streitig[163], so dass ein dringendes Interesse besteht, die Rechtslage durch eine Feststellungsklage sofort abzuklären. Unter bestimmten Voraussetzungen ist die Anrufung des Richters mittels einer Feststellungsklage zulässig.[164]

9.2.1 Aktivlegitimation

Im Gegensatz zur Anfechtungsklage kann die Nichtigkeit durch jedermann geltend gemacht werden, der zur Feststellung ein rechtliches Interesse[165] hat; so auch Gläubiger, Genussscheininhaber und Nichtaktionäre.[166] Selbst ein Aktionär, der dem GVB zugestimmt hat, verliert die Aktivlegitimation zur Nichtigkeitsklage nicht.[167]

Ein Interesse an einer Feststellung der Nichtigkeit besteht immer dann, wenn entweder Rechte des Klägers beeinträchtigt sind oder die Schranken der Sittlichkeit oder der öffentlichen Ordnung überschritten wurden.[168]

---

163 Bürgi OR 706 N16.
164 64 II 152.
165 Derjenige der ein alsbaldiges Interesse an der Feststellung der Rechtslage nachweist, hat kraft materiellen Rechts Anspruch darauf, dass der Richter die entsprechende Feststellung durch Urteil zum Ausdruck bringt (Guldener ZPR I 210 ff; Weiss (Einl.) N199).
166 Bürgi OR 706 N14; Ensslin 44; Funk OR 706 N1; Frei 104; Jagmetti 115; Schucany OR 706 N 1A; W. v. Steiger 808 N 10/11; Weiss (Einl.) N199.
167 Bürgi OR 706 N14; Ensslin 32, 44; Schluep 283; 74 II 43; 64 II 152; 54 II 26.
168 Vgl.: oben 6.3.

Letzteres ist immer dann gegeben, wenn die Fundamentalordnung des Aktienrechts beeinträchtigt wurde. [169]

9.2.2 Passivlegitimation

Die Klage richtet sich wie bei der Anfechtungsklage gegen die AG. [170]

9.2.3 Wirkung des Urteils

Wird die Klage abgewiesen, so ist der Beschluss gültig. Wird die Nichtigkeit festgestellt, ändert sich nichts, da der Beschluss ein "non existens" bleibt; doch jetzt besteht Klarheit, dass dieser denn auch wirklich nichtig sei. [171]

9.3 Berufung auf Nichtigkeit

Jedermann kann sich auf die Nichtigkeit berufen, indem er diese einwendet [172] oder den Beschluss nicht beachtet.

---

169 Vgl.: oben 5.4.1.
170 Vgl.: Kapitel IV, 4.
171 Vgl.: 64 II 152; unten 10.
172 Der Ausdruck "einredeweise" wäre ungenau, da ein, der Wirksamkeit des Beschlusses entgegenstehendes subjektives Recht ausgeübt wird (Schluep 283).

9.4 Keine Frist zur Geltendmachung

Die Nichtigkeit kann im Gegensatz zur Anfechtungsklage jederzeit geltend gemacht werden. Es braucht keine Frist eingehalten zu werden.[173]

9.4.1 Grenzen der Geltendmachung: Verstoss gegen Treu und Glauben oder Rechtsmissbrauch

Hat der Kläger die ev. für ihn günstige Wirkung des Beschlusses hingenommen[174], oder hat er mit der Klageanhebung absichtlich oder ungebührlich lange zugewartet, dann kann er die Nichtigkeit nicht mehr geltend machen. Eine Klageanhebung würde gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen und wäre rechtsmissbräuchlich.[175]

10. WIRKUNG DER NICHTIGKEIT

Nichtige Rechtsgeschäfte werden als überhaupt nicht zustande gekommen betrachtet und vermögen deshalb auch keine rechtliche Wirkung zu erzeugen. Sie sind von Anfang an "non existens" oder "Totgeburten".[176]

Wurden Leistungen aufgrund nichtiger Beschlüsse erbracht, ist die Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung möglich. Vorbehalten bleiben jedoch die Rechte gutgläubiger Erwerber.[177]

---

173 Ensslin 32; Funk OR 706 N1; Schluep 283; 74 II 43; 64 II 150.
174 Gerwig 290/291.
175 Bürgi OR 706 N14; Peyer 43; 49 II 393.
176 Schluep 276; oben 9.2.3.
177 Bürgi OR 706 N17; Schucany OR 706 N 2Ac.

10.1 Keine Heilung der Nichtigkeit durch Zeitablauf

Eine Heilung durch Zeitablauf ist ausgeschlossen.[178] Nur der Geltendmachung sind durch ZGB 2 bzw. den Grundsatz von Treu und Glauben Grenzen gesetzt.[179]

10.2 Heilung der Nichtigkeit durch einen Handelsregistereintrag ist nur ausnahmsweise zuzulassen

Eine Heilung der Nichtigkeit durch einen Handelsregistereintrag ist nur ausnahmsweise und zum Schutze begründeter schutzwürdiger Interessen zuzulassen; so bei der Eintragung einer nichtigen Gesellschaftsgründung. Begründen lässt sich dies damit, dass mit einer sofortigen nachträglichen Aufhebung der Gesellschaft eventuell andere inzwischen begründete Interessen verletzt werden könnten, die im Vertrauen auf den öffentlichen Glauben des HRg-Eintrages entstanden sind. Diese Interessen sind sicher ebenso schutzwürdig, wie die von der Eintragung verkannten.[181]

Es fragt sich, ob diesen Argumenten nicht auch bei nichtigen Statutenänderungsbeschlüssen[182], die bereits im Handelsregister eingetragen sind, Rechnung getragen werden sollte?[183]

Ob die Nichtigkeitsklage auch für eine bereits im HReg eingetragenen Fusion noch möglich ist, ist in der Literatur umstritten.[184] Ob sie

---

178 Bürgi OR 706 N15; Funk OR 706 N1; vgl.: Peyer 43.
179 Vgl.: oben 9.1.
180 OR 643 II; vgl. aber OR 643 III.
181 F.v.Steiger 205; vgl.: 64 II 280 f.
182 z.B. bei Kapitalerhöhungen.
183 Bürgi OR 706 N 19; F.v.Steiger 205, 289.
184 Vgl.: Bürgi OR 748 N86.

praktisch überhaupt noch sinnvoll ist, sei hier nicht eingehend untersucht. Man denke lediglich an die praktischen Schwierigkeiten die eine Rückgängigmachung von bereits angelaufenen Massnahmen mit sich bringen würde.[185]

185 Vgl.: Kapitel IV, 2.4.

Kapitel III ANFECHTUNGSGRUENDE

1. VERSTOSS GEGEN DAS GESETZ

Verstösst ein gültiger GVB gegen das Gesetz, dann ist er anfechtbar. [1]

Unter Gesetz ist die gesamte Rechtsordnung zu verstehen. [2] So gilt auch als Gesetzesverletzung jeder Verstoss gegen allgemeine Rechtsnormen oder gegen einen allgemeinen ungeschriebenen Grundsatz des Aktienrechts. [3]

Wird ein nichtiger Beschluss in Form einer Anfechtungsklage angefochten, hat dies für den Kläger keine negativen Folgen. Das Gericht wird lediglich die Nichtigkeit feststellen, zu deren Beachtung es von Amtes wegen [4] verpflichtet ist. Anstatt dass der GVB durch das Gericht mit Wirkung ex tunc [5] aufgehoben worden wäre, wird die ursprüngliche Ungültigkeit festgestellt. Deshalb erübrigt sich gar eine gerichtliche Feststellung, ob ein anfechtbarer oder nichtiger GVB vorliege. [6] Noch ist für den Anfechtungskläger gar wichtig, ob nun ein Tatbestand der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit erfüllt sei. Eine Abgrenzung der Nichtigkeit von der Anfechtbarkeit ist lediglich in bezug auf eine erweiterte Aktivlegitimation, oder Klagemöglichkeit auch nach Ablauf der zweimonatigen Frist von OR 706, praktisch von Bedeutung. [7]

---

1 OR 706 I.
2 Ensslin 62; Egger ZSR 45 (1926) 29; Weiss SJZ 39 (1942/3) 518; vgl. Einschränkungen: Frei 113 unten.
3 100 II 386/387; 95 II 162; 93 II 397; 92 II 246; 91 II 300; 69 II 248.
4 Vgl.: Kapitel II, 8.1.
5 Vgl.: Kapitel IV, 7.3.
6 ZR 62 (1963) 280.
7 Vgl.: Kapitel II, 4.

1.1 Verstoss gegen explizite Norm

Verletzt ein GVB formell oder inhaltlich eine explizite Norm, dann ist er anfechtbar. [8]

Verletzen nur Teile des GVB eine Norm, so können nur diese angefochten werden, sofern der GVB auch ohne diese Teile gefasst worden wäre. [9]

1.1.1 Keine Anfechtbarkeit, wenn die Gesetzesverletzung [10] für das Zustandekommen des GVB nicht kausal war

Die Literatur [11] ist der Ansicht, dass nicht jede Gesetzesverletzung bzw. Formvorschriftverletzung einen GVB anfechtbar machen. Ein gesetzesverletzender GVB soll nur dann zur Anfechtung zugelassen werden, wenn die Verletzung von Gesetz [12] kausal für das Entstehen des Beschlusses war. Insbesondere soll eine Verletzung einer Formvorschrift nur dann anfechtbar sein, wenn diese für das Zustandekommen des GVB von entscheidendem Einfluss war. [13] Die Rechtssprechung hat diesen Grundsatz anerkannt. [14]

---

8 Vgl.: 81 II 463 f.
9 Vgl.: 84 II 550 ff, 555; 86 II 86 E 5.
10 Dies gilt auch für eine Statutenverletzung.
11 Ensslin 108 ff; Frei 113; Gamma 116; Schluep 286; F. v. Steiger 213.
Vgl.: Feldmann 87, der die Kausalität auch für Gesetzesverletzungen fordert, die Nichtigkeit bewirken. Dies ist unserer Ansicht nach falsch, denn die Nichtigkeit ist unheilbar.
12 oder Statuten, vgl. unten 2.
13 Ensslin 109.
14 23 I 928; 53 II 46 f E 2, 72 II 275; ZR 49 (1950) 182; SAG 47 (1975) 104.

1.1.1.1 OR 691 III

OR 691 III scheint einen Anwendungsfall dieses Grundsatzes zu konkretisieren:

Haben Unbefugte an der Beschlussfassung teilgenommen, kann diese angefochten werden, .. "sofern die beklagte Gesellschaft nicht nachweist, dass diese Mitwirkung keinen Einfluss auf die Beschlussfassung ausgeübt hatte". Zur Beweisführung ist auf die tatsächlichen Stimmrechtsverhältnisse in der GV abzustellen. [15]

Zur Teilnahme nicht befugt ist jedermann, dem materiell oder formell die Voraussetzungen fehlen. Zur Abstimmung nicht zugelassen ist somit die Verwaltung beim Beschluss über die Dechargeerteilung und die Gesellschaft für Aktien in ihrem Eigentum. [16] Weiter gilt die Abstimmungsteilnahme des fiduziarischen Aktionärs oder des Legitimationsaktionärs als unstatthaft, sofern ihnen die Aktien zur Umgehung von gesetzlichen oder statutarischen Stimmrechtsbeschränkungen übertragen wurden. [17]

Wurde ein Aktionär ungerechtfertigterweise von seinem Stimmrecht ausgeschlossen oder in seinem Stimmrecht eingeschränkt, kann er den Beschluss anfechten, der ohne seine Mitwirkung zustande gekommen ist. Auch hier ist es der Gesellschaft möglich, die Klage abweisen zu lassen,

---

15 Bürgi OR 691 N31; Funk OR 691 N3; 71 II 279; 72 II 290 ff.

16 OR 659 V; Bürgi OR 691 N6. Vgl.: 72 II 275 ff: "Wird die Tochtergesellschaft derart von der Muttergesellschaft beherrscht, dass dieser gegenüber keine selbständige Willensbildung zukommt, so erscheinen die von der Tochtergesellschaft gehaltenen Aktien virtuell wie solche der Muttergesellschaft. Entsprechend sind sie in deren Generalversammlung vom Stimmrecht ausgeschlossen."

17 OR 691 I; Bürgi OR 691 N2, 34; Funk OR 691 N1; 23 I 925 f; 53 II 47; 71 II 278 ff; 81 II 539 ff.

wenn sie dartun kann, dass auch bei einem Nichtausschluss des betreffenden Aktionärs das Abstimmungsergebnis gleich ausgefallen wäre.[18,19]

1.2 Verstoss gegen wohlerworbene Rechte

Das Gesetz anerkennt mit OR 703 das Mehrheitsprinzip. Doch sollte mit dem Erlass von OR 646 einer allfälligen Tyrannei der Mehrheit und einer Ausbeutung der Minderheit durch die Mehrheit Einhalt geboten werden, indem durch das Gesetz und durch Auslegung Rechte geschaffen wurden, die ohne Zustimmung des Aktionärs diesem nicht entzogen werden können.[20] Sollte ein GVB gegen ein solches, sogenanntes "wohlerworbenes Recht" verstossen, ist er anfechtbar.[21]

In der Literatur und Rechtssprechung wurden jedoch unter gewissen Bedingungen immer mehr solcher wohlerworbener Rechts als entziehbar bzw. beschränkbar erachtet. So durfte ein Teil der wohlerworbenen Rechte in den Schranken der allgemeinen Rechtsgrundsätze beliebig eingeschränkt werden, der andere Teil durch statutarische Vorschriften an gewisse einschränkende Voraussetzungen gebunden werden.[22] Andere Beschränkungsmöglichkeiten ergaben sich gar aus dem Wortlaut des Gesetzes.[23]

---

18 Funk OR 691 N3; Hagmann E., 49/50; Peyer 100; F.v.Steiger 213; ZR 64 (1965) 242 ff.

19 d.h. "... es ist nur zu prüfen, ob die Beschlüsse anders hätten ausfallen können, nicht ob die zu unrecht nicht zugelassene Partei auch anders gestimmt hätte ..." (ZR 64 (1965) 245 N6).

20 Vgl.: Rulf 56 ff.

21 Schucany OR 706 N 2C; vgl.: Bürgi OR 706 N 29 f; Schluep 286.

22 Schluep 254.

23 Schluep 254.

Diesem Trend konnte auch deshalb nicht Einhalt geboten werden, weil es nicht gelang, den Begriff der wohlerworbenen Rechte logisch konsistent zu definieren, insbesondere genaue Kriterien zur Begriffserklärung zu finden. [24] Dies führte dazu, die wohlerworbenen Rechte in zwei Klassen aufzuteilen. Einmal in die relativ wohlerworbenen Rechte, die unter gewissen Bedingungen entziehbar waren, zum andern in die absolut wohlerworbenen Rechte, die unter keinen Umständen ohne Zustimmung des Aktionärs entzogen werden konnten. [25]

Mithin wurde offenbar, dass eine Aufzählung von unentziehbaren Rechten kaum mehr geeignet war, die Macht der Mehrheit einzuschränken [26], sind doch sogar die absolut unentziehbaren Rechte in ihrem Umfang umstritten, zumindest in ihrer Zahl stark zusammengeschrumpft. [27]

1.2.1 Rettungsversuch für das System der wohlerworbenen Rechte

Dies führte zu einer Neuauslegung von OR 646 als Generalklausel [28], "... als eine Anweisung an den Richter, die Arbeit des Gesetzgebers fortzusetzen und in der Richtung, die durch die ausdrückliche Gewährung einzelner wohlerworbener Rechte gewiesen wird, weiterzuschreiten". Aufgrund dieses allgemeinen Gehalts von OR 646 wurde diese als Lücke intra legem betrachtet. [29] Diese Lücke sei vom Richter im Einzelfall nach ZGB 1 II zu füllen. Grundlage dazu bildet die Interessenlage im Einzelfall. [30]

---

24 Vgl.: Schluep 44, 357.
25 Vgl.: Forstmoser 236 N7 ff.
26 Vgl.: Schluep Erkenntnis aus Teil I und II; Oesch 175.
27 Oesch 173; vgl.: Bürgi SAG 29 (1956/57) 84; Schluep 415.
28 Schluep 359 f.
29 Schluep 360.
30 Schluep 360.

Der Schutz der Minderheit sollte also weiterhin auf den Schutz von Rechten abstellen, wobei diese aber nicht mehr in einer positivrechtlichen Weise aufgezählt werden, sondern von Fall zu Fall dynamisch auf ihre Schutzwürdigkeit hin geprüft werden. [31] Die benutzte Methode zur Rechtsfindung wurde Interessenabwägung genannt. [32]

1.2.2 Ablehnung des Systems der wohlerworbenen Rechte

Die Methode erwies sich jedoch in der Praxis im Rahmen des Minderheitenschutzes als recht umständlich.

Zuerst muss mittels der Interessenabwägung, eventuell in jedem Anfechtungsprozess wieder von neuem, festgestellt werden, ob aufgrund der Interessenlage ein wohlerworbenes Recht vorliegt; anschliessend muss gestützt auf ZGB 2 [33] über die Zulässigkeit des Eingriffs in das zugestandene Aktionärsrecht entschieden werden.

Weiter gelingt es mit dieser Methode nur in einigen und zudem noch umstrittenen Fällen, eine klare und eindeutige Grenze der Mehrheitsmacht zu finden. [34]

Literatur [35] und Rechtssprechung [36] sind denn auch dazu übergegangen, den Minderheitenschutz nicht mehr an die Rechte der Minderheit sondern

---

31 Oesch 175.
32 Vgl.: Bürgi 660/1 N6; Schluep 362 ff; Siegwart 646 N17; siehe auch für Ursprung der Methode: Bürgi (Carry) 22; für Beachtung der Methode durch das BG: Bürgi (Carry) 5 ff.
33 Vgl.: unten 1.3.
34 Nenninger 44.
35 Hochheuser 32 ff; Koechlin 86; Mandel 59; Oesch 176 ff; Vgl.: Bär ZSR 85 (1966) II 508/509; Fischer/Rapp 176 ff; Jäggi ZSR 75 (1956) 103 ff; Nenninger SAG 47 (1975) 135.
36 92 II 247; 93 II 402.

an das Verhalten der Mehrheit anzuknüpfen. Der Hauptzweck der Anfechtungsklage ist nicht mehr wie früher [37] der Schutz der Minderheit vor GVB, die gegen wohlerworbene Rechte verstossen, sondern der Schutz der Minderheit gegen einen Machtmissbrauch der Mehrheit. [38] Als Verhaltensmassstab sollen die allgemeinen Rechtsgrundsätze dienen.

OR 646 wurde in seiner Bedeutung für den Minderheitenschutz degradiert und sollte lediglich noch zum Ausdruck bringen, dass der Mehrheitsmacht Schranken vor gewissen Rechten geboten werden sollen. [39] Dies insbesondere dort, wo es ein Recht des Aktionärs zu schützen gilt, das das Wesen der AG wesentlich bestimmt. Das System der wohlerworbenen Rechte als drittes Schutzprinzip soll nur noch im Falle absolut wohlerworbener bzw. absolut unentziehbarer Rechte Geltung haben. [40]

1.2.3 Anfechtbarkeit wegen eines Verstosses gegen absolut zwingende Rechte des Aktionärs im Einzelfall

Verstösst ein GVB gegen absolut zwingende Rechte des Aktionärs nicht generell [41], sondern im Einzelfall, dann ist er anfechtbar. [42]

Darunter fallen GVB:

- die unter einem ungerechtfertigten Ausschluss eines Aktionärs vom Stimmrecht gefasst wurden [43]
- die Klagetatbestände vom Recht auf Anfechtung, vom Recht eine

---

37 Vgl.: 20 S. 951 ff; 23 I 923 ff, 1827; 27 II 235 ff; 29 II 463 ff.
38 Mandel 113.
39 Hochheuser 34; Koechlin 51 ff.
40 Nenninger 46.
41 Vgl. Kapitel II, 5.4.1.6.
42 Schluep 287.
43 53 II 46 ff.

Verantwortlichkeitsklage oder Auflösungsklage anzustrengen, ausnehmen, über die der Aktionär wirksam verfügen kann. Dies sind Verletzungen nachgiebigen oder relativ zwingenden Rechts[44]

- die das Recht auf Einberufung einer GV (OR 699 III) auf einzelne Tatbestände beschränken
- die das Recht auf einen Vertreter im VR (OR 708 IV) missachten.

1.3 Verstoss gegen das Rechtsmissbrauchsverbot

Gewisse GVB sind jedoch nicht nur anfechtbar, wenn eine ausdrückliche Gesetzes- oder Statutenbestimmung verletzt wird. Die Minderheit hat auch dann die Möglichkeit einen GVB anzufechten, wenn die Mehrheit dadurch ihre Sonderinteressen auf Kosten der Minderheit ohne sachlich gerechtfertigten Grund bevorzugt[45], und ohne dass dabei formell eine Verletzung der Gleichbehandlung vorzuliegen braucht.[46] Mithin[47] anerkennt das BG den Grundsatz von Treu und Glauben in ZGB 2 II als Schranke der Rechtsausübung.[47] Die Ausübung des Stimmrechts durch die Mehrheit hat demzufolge nach Treu und Glauben zu erfolgen[48],

---

44 Vgl.: Kapitel I, 3.2; siehe auch: 3.1 und 3.3.

45 102 II 269; 100 II 393.

46 Vgl. unten: 1.4.1.

47 Vgl. a.P.: Nach alter Praxis war der Rechtsmissbrauch nur unter dem Grundsatz der Gleichbehandlung zu überprüfen. Eine Prüfung nach ZGB 2 erübrige sich, so die Meinung des BG, da der Grundsatz der Gleichbehandlung lex specialis von ZGB 2 sei (vgl.: 69 II 249 f; 95 II 163; 99 II 62 f offen gelassen).

48 Jeder Aktionär hat somit das Recht, seine Stimme im Rahmen des Rechtsmissbrauchs auch für seine höchstpersönlichen Interessen abzugeben.. Diese Auffassung steht im Widerspruch zu einem grossen Teil der Literatur, welcher fordert, dass der Aktionär sein Stimmrecht nur im Rahmen des Gesellschaftszweckes d.h. im Unternehmungsinteresse ausüben dürfe. Es sind dies im wesentlichen die Autoren, welche eine Treuepflicht des Aktionärs fordern (vgl. unten 1.4.2).

ansonsten ein GVB vom Richter als rechtsmissbräuchlich aufgehoben werden kann. Wann ein solcher Beschluss aber rechtsmissbräuchlich ist, kann nach Meinung des BG nicht allgemein gültig gesagt werden[49], sondern ist stets aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles mittels einer Interessenabwägung zu beurteilen.[50] Deshalb ist es auch nicht möglich, sich auf frühere Entscheide zu berufen.[51]

Sicher bleibt nur, dass der Richter die Angemessenheit eines Beschlusses nicht prüfen kann.[52] Dies verbietet ihm einerseits die absolute Geltung des Mehrheitsprinzips[53], andererseits der Umstand, "dass auf dem Gebiet der kaufmännischen Erfahrung Verwaltungsrat und Generalversammlung wegen der Vertrautheit mit den Verhältnissen und den Bedürfnissen der Gesellschaft am besten zu urteilen in der Lage" sind.[54] Auch würde "die Einheit zwischen Entscheidungsgewalt und Verantwortung zerschlagen...; (denn) die Verantwortung für die getroffenen Entscheide liegen bei der Generalversammlung und dürfen niemals auf den unbeteiligten Richter abgeschoben werden".[55] Eine zu leichtfertige Umstossung von Mehrheitsentscheiden würde zudem zuviele Nachteile für die kontinuierliche Weiterführung der Geschäftsvorgänge mit

---

49 Halbwegs brauchbare Kriterien wendete das BG in 95 II 562 im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung an: Ein GVB sei rechtsmissbräuchlich: (vgl. unten: 1.4.1 und 3)
- wenn er sich "durch vernünftige wirtschaftliche Erwägungen nicht rechtfertigen lässt",
- "die Interessen der Minderheit offensichtlich beeinträchtigt" und
- "Sonderinteressen der Mehrheit ohne Grund bevorzugt".

50 102 II 268 E3; vgl.: Hochheuser 55; W. v. Steiger ZSR 62 (1943) 255a/256a.

51 102 II 268 E3. Hierin findet sich eine Begründung für unsere Nichtaufführung einer ausführlichen Kasuistik.

52 Vgl. 54 II 29; 72 II 297, 304; 82 II 150; 91 II 310 E10; 93 II 403, 405; 95 II 163; 99 II 62; 100 II 393; 102 II 269.

53 Vgl.: 102 II 269; 99 II 62.

54 93 II 403; 82 II 150; vgl.: Stehli 122/123.

55 95 II 163 f; Vischer/Rapp 183 FN 3.)

sich bringen.[56] Auch bedeutet ein vom Richter aufgehobener GVB jedesmal einen Eingriff in die Privatsphäre des Rechtssubjekts, der nach der Auffassung des BG viel einschneidender zu sein scheint, als der umgekehrte Fall, wo die Minderheit gezwungen wird, sich der Mehrheit zu unterwerfen.[57]

Gemäss einheitlicher Bundesgerichtspraxis, kann deshalb der Richter erst einschreiten, wenn die Generalversammlung mit ihrem Beschluss den Rahmen vernünftiger Ueberlegungen "willkürlich" überschritten hat.[58]

Das BG scheint mit der Aufhebung solcher GVB umso zurückhaltender zu sein, je deutlicher die Stimmenmehrheit ausgefallen ist.[59]

In den Erwägungen wird also lediglich die Geeignetheit der durch den angefochtetenen GVB geschaffenen Massnahmen zur Erreichung des angegebenen Zweckes überprüft. Ob es gar die beste oder optimalste Massnahme ist, ist unerheblich.[60] Auch eine allfällige Schädigungsabsicht ist nicht massgebend. Es ist lediglich auf objektive Sachverhalte[61] bzw. auf die Wirkung des Beschlusses abzustellen.[62] Nur ausnahmsweise könnte die Gesinnung der Mehrheit in Betracht fallen, und zwar, wenn keine sachlich gerechtfertigten Gründe mehr festgestellt werden könnten.[63]

---

56 95 II 163; Vischer/Rapp 183.
57 69 II 256 ff.
58 54 II 29; 72 II 304; 91 II 310; 93 II 403, 405; 95 II 164; ZR 40 (1941) 269 ff. Vgl.: 91 II 299 ff: das Vorliegen von Willkür wurde bejaht, weil der Beschluss lediglich beabsichtigte, der Mehrheit gesellschaftsfremde Sondervorteile auf Kosten der Minderheit zu verschaffen.
59 69 II 246 ff; 93 II 393 ff.
60 Vgl.: 95 II 163; 99 II 63; 102 II 269.
61 92 II 243; vgl.: Ausnahme 51 II 73; 53 II 261.
62 Vgl.: Rulf 74; Schluep 318; Weiss SJZ 39 (1942/43) 518.
63 102 II 270.

1.3.1 Minderheitenschutz im Konzernzusammenhang

In einer abhängigen Konzerngesellschaft wird die Minderheit oft mit einer Mehrheit konfrontiert, die ihr Handeln und ihre GVB nicht nach den Interessen der von ihr beherrschten Gesellschaft ausrichten, sondern nach den Konzerninteressen. Wohl trifft der Schaden in der abhängigen Gesellschaft auch die Mehrheit, doch kann diese ihre Verluste durch erhöhte Konzerngewinne kompensieren.

Die Minderheit der abhängigen Gesellschaft hat nun[64] die Möglichkeit, GVB anzufechten, durch die die Mehrheit Konzerninteressen auf Kosten der abhängigen Gesellschaft ohne sachlich gerechtfertigten Grund bevorzugt.

1.4 Verstoss gegen allgemeine ungeschriebene Grundsätze des Aktienrechts

1.4.1 Verstoss gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung

Verstösse ein GVB gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, dann ist er anfechtbar.[65]

---

64 Vor BGE 102 II 265 mussten solche Tatbestände unter dem Grundsatz der Gleichbehandlung geprüft werden, da nach alter Praxis (95 II 162 f; 69 II 249 f) dieser sämtliche Sachverhalte des Rechtsmissbrauchs abzudecken schien. So war es denn kontrovers, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung auch verletzt sei, da ja formell alle Gesellschafter der abhängigen Gesellschaft gleich behandelt wurden (vgl.: Okur 185).

65 Vgl. zit. Entscheide weiter unten.

1.4.1.1 Rechtstheoretische Herleitung bzw. Begründung[66]

Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist im Aktienrecht, im Gegensatz zum Genossenschaftsrecht[67], nicht explizit genannt. Es fragt sich, wie die Anwendung im Aktienrecht zu begründen ist.

Das BG[68] leitet den Grundsatz aus aktienrechtlichen Vorschriften her, in denen er angeblich enthalten sei. Insbesondere komme es zum Ausdruck in:

- OR 696/7 betreffend Kontrollrechte
- OR 689 betreffend der Teilnahme an der GV
- OR 706 betreffend der Anfechtungsklage.

Schluep[69] hingegen verweist auf die AG als Körperschaft, die gemäss dem Postulat der Gerechtigkeit nach einer Gleichbehandlung der Aktionäre ruft. Siegwart sieht im Grundsatz der Gleichbehandlung gar ein Prinzip, das jedem menschlichen Verband innewohnend sei.[70] F. v. Steiger[71] und Bergier[72] betrachten den Grundsatz gar als einfach feststehendes Prinzip des Aktienrechts, das keiner weiteren Begründung bedarf.

Kein Zweifel besteht somit über die Geltung dieses Grundsatzes im Rahmen der Anfechtbarkeit.[73]

---

66 Siehe auch: Patry, Sem. jud. 85 (1965) 101 ff; Hochheuser 44 f; Oesch 183 f.
67 OR 854.
68 91 II 300; 95 II 162; vgl.: Stockmann 387.
69 Schluep 324.
70 Siegwart (Einl.) N 235, in Verbindung mit N228 ff.
71 F. v. Steiger 177 ff.
72 Bergier 49.
73 Vgl.: Beer 11; Bürgi OR 706 N35 ff; Funk OR 706 S. 351; Koechlin 44; Peyer 103; Rulf 81 ff; Schluep 320 ff; Schucany OR 706 N 2C; Weiss (Einl.) N185 ff; 102 II 268; 99 II 62 f; 95 II 157; 91 II 298; 88 II 105; 69 II 246.

1.4.1.2 Verhältnis des Grundsatzes zu ZGB 2

Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist nicht lex specialis, sondern lediglich eine Konkretisierung von ZGB 2.[74] Er soll dem Richter als Richtschnur zur Beurteilung gesellschaftlicher Sachverhalte auf ihre Rechtsmissbräuchlichkeit dienen.[75] Dies lässt sich damit begründen, dass das Gleichbehandlungsprinzip nicht alle Tatbestände des Rechtsmissbrauchs abzudecken vermag.[76]

1.4.1.3 Bedeutung und Inhalt des Grundsatzes

Eine Ungleichbehandlung ist dann gegeben, wenn ein GVB der Mehrheit, nicht aber der Minderheit, herrschaftsrechtliche[77] oder vermögensrechtliche Vorteile verschafft und somit die letzteren dadurch schädigt.[78]

Hingegen ist die Ungleichbehandlung zugelassen, wenn diese "für die Verfolgung des Gesellschaftszweckes im Interesse der Gesamtheit aller Aktionäre unumgänglich notwendig ist"[79] oder wo "sie nicht unsachlich, sondern ein angemessenes Mittel zur Erreichung eines gerechtfertigten Zweckes ist".[80] Das Prinzip der Gleichbehandlung will also nicht eine

---

74 102 II 268. Vgl. a.P.: 69 II 249 f; 95 II 163; 99 II 62 f; Kritik daran: Wehrli SAG 16 (1943/44) 189 ff; Schluep 325 ff; Stockmann 397 f.

75 Schluep 327; Wehrli SAG 16 (1943/44) 197 ff.

76 102 II 268; Meier-Hayoz/Zweifel 387 f; Weiss (Einl.) N195. Vgl.: oben 1.3.1, z.B. wird der Machtmissbrauch der Mehrheit im Konzernzusammenhang nicht erfasst.

77 Schluep 317, 325; somit sind auch Beeinträchtigungen der Mitverwaltungsrechte der Minderheit für das Vorliegen einer Ungleichbehandlung massgebend. Vgl.: Fromer 218; Weiss SJZ 39 (1942/43) 519.

78 Oesch 184: "Jede qualifizierte, ungleiche Behandlung voraussetzungsmässig gleicher Aktionäre führt zwangsläufig zu einer Schädigung der schwächeren Gruppe."

79 69 II 250; 91 II 301; 93 II 406; 95 II 162; 99 II 58; 102 II 267.

80 Wie FN 79 ohne die zwei letzten Entscheide.

absolute, sondern eine relative Gleichbehandlung gewährleisten. [81] Die Wahrung des Gesellschaftszweckes geht offensichtlich dem Schutz der Einzelinteressen des Aktionärs vor.

Taugt der Gesellschaftszweck als Massstab für die richterliche Entscheidung nicht, ist zu fragen, ob die Mehrheit durch den GVB auf Kosten der Minderheit ungerechtfertigte Vorteile erlangte. "Dies ist dann der Fall, wenn der ... gefasste Beschluss sich durch vernünftige wirtschaftliche Erwägungen nicht rechtfertigen lässt, die Interessen der Minderheit offensichtlich beeinträchtigt und Sonderinteressen der Mehrheit ohne Grund bevorzugt." [82]

Zu beachten ist, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung nicht für Geschäfte gilt, in denen die Aktionäre gegenüber der Gesellschaft wie Dritte gegenübertreten. [83]

1.4.1.4 Der Begriff des Gesellschaftszweckes

Es fragt sich, was das BG unter dem Begriff des Zweckes versteht. Der Zweck im Sinne von OR 648, der nur den Gegenstand der Unternehmung umschreibt, kann hier nicht gemeint sein. [84] Am besten könnte wohl der Gesellschaftszweck im hier verstandenen Sinne mit den Formulierungen von OR 663 II oder OR 674 umschrieben werden. [85]

---

81 Wie FN 79 ohne die zwei letzten Entscheide

82 95 II 562; vgl.: 95 II 164.
In der Tat kommt hier ZGB 2, das Verbot des Rechtsmissbrauchs direkt zum Zuge, obschon das BG zu diesem Zeitpunkt noch der Ansicht war, ZGB 2 allein habe für die Anfechtbarkeit keine selbständige Bedeutung. Hier zeichnete sich der Weg ab zur Praxisänderung, wonach der Grundsatz der Gleichbehandlung nicht mehr als lex specialis sondern als Konkretisierung von ZGB 2 zu betrachten sei (vgl. 102 II 265 ff).

83 88 II 105 ff.

84 Mandel 349 f; Nenninger 62; Schluep 314; vgl.: 99 II 55.

85 Schluep 314; vgl.: Nenninger 63.

Somit könnte der Zweck der Gesellschaft als "das dauernde Gedeihen des Unternehmens" [86] oder als "Existenzsicherung" [87] bezeichnet werden. [88]

Zu beachten ist, dass das BG den Unternehmungszweck in dem hier verstandenen Sinne als mit dem Unternehmungsinteresse identisch erachtet. Dies führt es wohl auch zur Auffassung, dass mit dessen Berücksichtigung gleichzeitig den Interessen der Gesamtheit der Aktionäre am besten gedient sei.

1.4.1.5 Der Begriff "Interessen des Aktionärs"

Das BG sagt nirgends, was es unter dem Interesse des Aktionärs versteht. Am besten könnte es als "Motive" oder "einzelmenschliche Bewusstseinsinhalte" bezeichnet werden, "die den Willen eines Individuums in eine bestimmte Richtung lenken..". [89]

1.4.1.6 OR 706 II; Konkretisierung des Verstosses gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung

Obschon OR 706 II ursprünglich zum Schutze von Stimmrechtsaktien gedacht war [90], umschrieb diese Bestimmung doch einen Tatbestand

---

86 Schluep 314.
87 Bürgi (Carry) 10.
88 Vgl. andere Vorschläge: Bär ZBJV 95 (1959) 387 f, ZSR 85 (1966) II 514 f: Es soll der vom typischen Aktionär mit der AG verfolgte Zweck massgebend sein. Das BG lehnte jedoch die Typologie in 95 II 164 ab, weil das Gesetz die Motive der Kapitalbeteiligung nicht normieren könne (vgl. auch Kritik daran von Nenninger 62 f).
89 Mandel 333; vgl. : Schluep 362; Bär ZBJV 95 (1959) 370.
90 Ehrbar 53; Goldschmidt 44.

rechtsmissbräuchlicher Beschlussfassung[91] bzw. eines Verstosses gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung.

OR 706 II ist somit als lex specialis zu ZGB 2[92] und als Konkretisierung des Verstosses gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung zu interpretieren.

Jedoch entpuppt sich diese Bestimmung schon bald als überflüssig oder gar irreführend.

Als irreführend erscheint sie deshalb, weil aus OR 706 II geschlossen werden könnte, der Gesetzgeber habe die Geltung des Grundsatzes der relativen Gleichbehandlung nur für diesen Sonderfall gelten lassen wollen. Diese Interpretation wäre jedoch falsch.[93]

Ueberflüssig wird die Bestimmung dadurch, dass sich Stimmrechtsbeschlüsse durch nichts von gewöhnlichen GVB unterscheiden und ihre Anfechtbarkeit somit mit den gleichen Kriterien beurteilen lassen.[94] Selbst die Umschreibung der Tatbestandsmerkmale[95] der Gesetzesverletzung dieser Art, sind so allgemein gehalten, dass sie über diese des Verstosses gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung nicht hinausgehen.[96] Die Konkretisierung ist also nur eine scheinbare.

---

91 Biber 130 f; Bürgi OR 706 N39; Peyer 101; Schluep 201, 313.
92 v. Büren SAG 22 (1949/50) 150; Guhl 606; Schluep 313.
93 Schluep 313; vgl.: Biber 132; Bürgi OR 706 N 39; Ehrbar 53; Peyer 101; Rulf 68; W. v. Steiger (Gutzwiller) 704; Zumstein 102.
94 F. v. Steiger 179; W. v. Steiger ZSR 62 (1943) 266a; Zimmermann 71.
95 So wird gefordert:
- eine "offenbare Schädigung" der Interessen der Aktionäre
- dass sich diese nicht durch den Gesellschaftszweck rechtfertigen lassen.
96 z.B. wird nicht konkretisiert, wann eine Schädigung sich durch den Gesellschaftszweck rechtfertigen lässt.

1.4.1.7 Würdigung des Grundsatzes der Gleichbehandlung

Es fragt sich, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung als Kriterium für die Beurteilung des Machtmissbrauchs der Mehrheit sinnvoll ist[97]; braucht es doch für die Beurteilung ob die Ungleichbehandlung durch den Gesellschaftszweck gerechtfertigt ist, so oder so die richterliche Erwägung. Fällt gar der Gesellschaftszweck weg, beurteilt sich der Machtmissbrauch nach den gleichen Kriterien wie ein Verstoss gegen Treu und Glauben bzw. das Verbot des Rechtsmissbrauchs.[98] Da sich in der Praxis kaum ein Tatbestand findet, der unter den Grundsatz der Gleichbehandlung, nicht aber unter ZGB 2 fallen würde, hat mit der bundesgerichtlichen Anerkennung des Verbots des Rechtsmissbrauchs als übergeordnetes Prinzip, der Grundsatz der Gleichbehandlung seine Bedeutung verloren.

1.4.2 Die Treuepflicht wird vom Bundesgericht nicht anerkannt

Das BG[99] hat der aktienrechtlichen Treuepflicht die Anerkennung versagt:
"Die Aktiengesellschaft ist vor allem Kapitalgesellschaft. Der Aktionär ist zu nichts weiterem verpflichtet als zur Leistung seiner Einlage. Verpflichtungen persönlicher Art auferlegt ihm das Gesetz nicht. Insbesondere ist er in seiner Tätigkeit ausserhalb der Gesellschaft frei

---

97 Vgl.: Goldschmidt 45; Koechlin 48; Weiss (Einl.) N 194 ff, SJZ 39 (1942/43) 519.
98 Vgl.: Pelli 35; Stockmann 391; Tappolet 40.
99 91 II 305; hingegen von kant. Gerichten bejaht: SJZ 49 (1953) 295, der Beschluss wurde jedoch unter dem Rechtsmissbrauchsverbot geprüft; BJM (1954) 111, versteht aber unter der Treuepflicht ein Handeln nach Treu und Glauben. Vgl.: 80 II 270.

und braucht auf die Interessen der Gesellschaft und der übrigen Aktionäre keine Rücksicht zu nehmen."

Auch in der neueren Literatur verschwindet der Begriff der aktienrechtlichen Treuepflicht, da diese entweder als mit OR 680 in Widerspruch stehend[100] oder mit sonstigen Begründungen abgelehnt wird.[101] Bei anderen Autoren hat sie zumindest ihre Bedeutung eingebüsst, indem die postulierte und vom Aktionär einzuhaltende Pflicht nicht über die, sich schon aus dem Gebot von Treu und Glauben ergebenden Anforderungen hinaus zu gehen habe.[102]

Zudem hat die Annahme einer Treuepflicht für die richterliche Interessenabwägung anstelle einer Klärung eher Verwirrung gestiftet.[103] Dies kommt daher, dass von allen Autoren nicht das gleiche unter der Treuepflicht verstanden wird, was aus der Heterogenität der rechtlichen Begründung[104] leicht ersichtlich wird.[105]

---

100 Bürgi OR 680 N11; Bürgi (Hug) 277; Goldschmidt 34; Okur 88; Schluep 334; W. v. Steiger (Gutzwiller) 705; Weiss (Einl.) N181; Wohlmann 146.
a.M.: Nenninger 104 f, dieser Einwand sei nicht stichhaltig.

101 Vgl.: Vischer/Rapp 191/192; Pelli 22 f.

102 Hochheuser 44; vgl.: Bürgi OR 680 N11; Goldschmidt 41; Rulf 81; Schluep 341; Schucany OR 620 N7; W. v. Steiger (Gutzwiller) 705; Weiss (Einl.) 182, SJZ 39 (1942/43) 219; Wohlmann 146.
Vgl. a.M.: Nenninger 103, 106, sein Inhalt der Treuepflicht 110.

103 W. v. Steiger ZSR 62 (1943) 257 a; Weiss (Einl.) N180.

104 Vgl.: Beer 14; Bertsch 86; Fromer ZSR 58 (1939) 227; Schluep 334/335; Schucany OR 620 N7; Wieland HR II 453 ff.

105 Befürworter der Treuepflicht vgl.: Beer 13 ff; Bertsch 85 ff; Fromer ZSR 58 (1939) 216; Heymann E. (Wieland) 230; Koechlin 35 ff; Nenninger 103 ff; Peyer 105 ff; Siegwart Einl. N95, OR 620 N32; Wieland HR II 249, 453 ff; Wohlmann 146 teilweise.

1.4.3 Das Gebot der schonenden Rechtsausübung wird vom Bundesgericht nicht anerkannt

In zwei Klagebegehren an das BG[106] nennt die Klägerin den Grundsatz der schonenden Rechtsausübung als auch ein im Aktienrecht zu geltendes Gebot. Sie leitet diesen Grundsatz aus ZGB 2 und ZGB 737 II her.[107]

Das BG hingegen weist diesen Grundsatz jedoch mit dem Hinweis auf die absolute Geltung des Mehrheitsprinzips beidmalig[108] ab, indem es sagt:

"Was die Klägerin fordert, ist unvereinbar mit den gesetzlich vorgesehenen Mehrheitsbeschlüssen in Aktiengesellschaften. Die Struktur des Gesellschaftsrechts lässt den Willen der Mehrheit der Aktionäre ausschlaggebend sein. Mit dem Eintritt in die Gesellschaft unterwirft sich der Aktionär diesem Grundsatz, und er anerkennt, dass die Mehrheit auch dann bindend entscheidet, wenn sie nicht die bestmögliche Lösung trifft (BGE 95 II 163) und ihre eigenen Interessen denjenigen der Minderheit vorgehen lässt."[109]

Zu beachten ist jedoch, dass das BG im Entscheid 91 II 309 mit seiner Argumentation in Richtung des Grundsatzes der schonenden Rechtsausübung gegangen ist, wenn es feststellt, dass ein Ziel auf einem Weg hätte erreicht werden können, bei dem die schädigenden Auswirkungen des Beschlusses kompensiert worden wären.

---

106 99 II 62; 102 II 269.
107 Vgl.: 99 II 62.
108 Wie FN 106.
109 102 II 269.

Hingegen von den kantonalen Gerichten[110] ist wohl die Nützlichkeit des Grundsatzes der schonenden Rechtsausübung als wirksames Hilfsmittel im Rahmen des Minderheitenschutzes erkannt und deshalb in ihren Urteilsbegründungen verwendet worden.

Mit der bundesgerichtlichen Anerkennung dieses Grundsatzes würde es gelingen, die Minderheit gegen rechtsmissbräuchliche GVB zu schützen und der Rechtsunsicherheit wirksam zu begegnen.[111]

Eine diesbezügliche Praxisänderung bleibt hoffend abzuwarten.

2. VERSTOSS GEGEN DIE STATUTEN

Wird durch ein GVB eine statutarische Vorschrift verletzt, dann ist er anfechtbar.[112]

Bei einer Verletzung von statutarischen Vorschriften ist die Nichtigkeit als Rechtsfolge ausgeschlossen.[113] Nicht zu den Statuten gehören gemäss unserer engen Definition ein allfällig darin aufgenommener Gesetzestext.[114]

Als selbstverständliche Voraussetzung hat zu gelten, dass die Statutenbestimmung, gegen die verstossen wird, durch einen gültigen Beschluss zustandegekommen ist.[115] Zudem muss sie wirksam sein.[116]

---

110 BJM 1965 S. 87; SJZ 64 (1968) 168.
111 Vgl.: Kapitel VI, 2. 3. 1.
112 OR 706 I.
113 Vgl.: Kapitel II, 5. 1. 2.
114 Vgl.: Kapitel II, 5. 1. 1.
115 Insbes. musste der Beschluss öffentlich beurkundet worden sein (vgl. Kapitel II, 6. 2 Schluss).
116 Sie muss in HReg. eingetragen sein (vgl. Kapitel II, 6. 1 Schluss).

Zu beachten ist, dass auch der statutenverletzende GVB nur anfechtbar ist, wenn die Verletzung der Statuten kausal für das Entstehen des Beschlusses war.[117]

3. ZUSAMMENFASSUNG

Ein GVB ist dann anfechtbar, wenn er gegen eine explizite Gesetzes- oder Statutenbestimmung, gegen ein absolut unentziehbares Aktionärsrecht oder gegen das Verbot des Rechtsmissbrauchs bzw. den Grundsatz der relativen Gleichbehandlung verstösst.

Ein Beschluss ist dann rechtsmissbräuchlich[118]:
- "wenn er sich durch vernünftige wirtschaftliche Erwägungen nicht rechtfertigen lässt",
- "die Interessen der Minderheit offensichtlich beeinträchtigt"
- "und Sonderinteressen der Mehrheit ohne Grund bevorzugt".

Wann die einzelnen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, wird durch das BG nicht konkretisiert. Dem Richter wird somit die Aufgabe überlassen, mittels einer Interessenabwägung im Einzelfall das Ueberschreiten der Schranken einer zulässigen Stimmrechtsausübung nach Recht und Billigkeit zu überprüfen. Damit ist die Sicherheit des Rechts keineswegs gewährleistet.[119] Weiter scheinen die Gerichte wenig Bereitschaft zu zeigen, die Minderheit wirksam zu schützen.[120]

---

117 Vgl.: oben 1.1.1.

118 95 II 562; 95 II 164; vgl. ähnliche Kriterien: Weiss SJZ 39 (1942/43) 519; BJM (1954) 107 ff.

119 Vgl. Kapitel VI, 1.3.

120 Vgl. dahingehende Kritik an der Praxis der Gerichte: Bär, ZSR 85 (1966) II 423 ff; Forstmoser SAG 47 (1975) 107; Hirsch SAG 50 (1978) 65 f; Vischer/Rapp 182 ff; Patry SAG 46 (1974) 38; Kummer ZBJV 111 (1975) 144 ii).

Kapitel IV PROZESSUALES

1. AKTIVLEGITIMATION

Aktivlegitimiert sind alle Aktionäre unabhängig von ihrer Aktienzahl [1] und die Verwaltung als Organ der Gesellschaft. [2]

1.1 Aktionär

1.1.1 Aktionär mit Inhaberaktie

Als anfechtungsberechtigt ist der Aktionär zu betrachten, der sich als Besitzer der Aktie ausweisen kann. Ein Nachweis des Erwerbs ist nicht erforderlich. [3] Die AG bzw. die anderen Aktionäre können jedoch einem "Aktionär" seine eventuelle Nichtberechtigung entgegenhalten. [4]

1.1.2 Aktionär mit Namenaktie

Als aktivlegitimiert gilt derjenige Namenaktionär, der im Aktienbuch eingetragen ist. [5]

---

1 BJM (1965) 84.
2 OR 706 I, III; 64 II 152 E 2.
3 Vgl.: Peyer 111.
4 Vgl.: 53 II 47 f.
5 OR 685 IV.

Jedoch darf die Eintragung oder die Nichteintragung einer Person im Aktienbuch für die Beantwortung der Frage, wen die Gesellschaft als Aktionär betrachten darf, nicht unbedingt massgebend sein. Denn die Vorschrift von OR 685 IV ist lediglich .. "auf den Normalfall zugeschnitten, dass das Aktienbuch ordnungsgemäss geführt wird". [6] Dem Eintrag ins Aktienbuch wird demnach die konstitutive Bedeutung abgesprochen. [7] Diese begründet also nicht mehr das Eigentum an der Aktie. [8] Der AG bleibt trotz des Aktienbucheintrags stets die Möglichkeit, die Nichtberechtigung des Eingetragenen nachzuweisen und einen Nichteingetragenen als Berechtigten anzuerkennen. [9] Der Namenaktionär ist somit auch aktivlegitimiert, wenn er im Stande ist, seine Aktionärseigenschaft bzw. sein Eigentum zu beweisen. Eine auf den Namen eines andern lautende Eintragung hat lediglich einen Einfluss auf die Beweislastverteilung, denn die Vermutung geht dahin, demjenigen die Aktionärseigenschaft zuzusprechen, der eingetragen ist. [10]

1.1.2.1 Aktivlegitimation bei einer Spaltung der Aktionärsrechte

Da mit der Spaltung der Rechte aus der Aktie nur die aus der Mitgliedschaft fliessenden Forderungsrechte [11] auf den Erwerber übergehen, bleiben die Mitverwaltungsrechte, insbesondere die Schutzrechte und damit das Anfechtungsrecht beim Namenaktionär, der im Aktienbuch eingetragen ist.

---

6 90 II 173; ZR 39 (1940) 213 ff; Sem.jud. 93 (1971) 427 ff; Bürgi OR 685 N9.

7 Vgl. a.P.: 65 II 225 ff; 69 II 313 ff; 75 II 348 ff; die Praxisänderung zeichnete sich schon ab in 87 II 249 ff.

8 Hingegen ist das Eigentum Voraussetzung für den Aktienbucheintrag (90 II 173).

9 90 II 174 f.

10 90 II 172.

11 Und auch das Eigentum am Aktientitel (83 II 305). Vgl.: 90 II 239 ff.

1.1.3 Aktionär ohne Aktienzertifikat

Die Legitimation als Aktionär erfolgt hier mittels der Gründungsurkunde[12] oder dem Zeichnungsschein im Falle der Sukzessivgründung. Spätere Erwerber müssen ihre Nachfolge mittels einer Zessionsurkunde dartun.[13]

1.1.4 Keine Aktivlegitimation des Nicht-Mehr-Aktionärs

Mit dem Verkauf seiner Aktie verliert der bisherige Aktionär seine Mitgliedschaft und damit auch die Aktivlegitimation zur Anfechtungsklage.[14] Dies selbst dann, wenn der anfechtbare GVB noch zur Zeit gefasst wurde, als er Aktionär war.

Als aktivlegitimierter Aktionär gilt also nur, wer im Zeitpunkt der Klageerhebung Aktionär ist und bis zum rechtskräftigen Urteil Aktionär bleibt.[15]

1.1.5 Noch-Nicht-Aktionär bei der Beschlussfassung

Mit der Uebertragung der Aktie auf den neuen Aktionär gehen alle Rechte auf diesen über, so auch das Anfechtungsrecht. Es ist unerheblich, ob der GVB vor der Mitgliedschaft des Aktionärs zustande kam, zumal der Aktionär keine Teilnahmepflicht an der GV hat. Zudem kann dem neuen Aktionär kaum zugemutet werden, sich bisherigen anfechtbaren GVB zu unterwerfen, insbesondere wenn man bedenkt, dass der

---

12 Protokoll der konstituierenden GV.
13 Bürgi OR 689 N63 f; Forstmoser 269 N27; Hagmann E. 95.
14 Vgl.: Kapitel I, 3.
15 Bürgi OR 706 N50; Schucany OR 706 N1.

neue Aktionär vor der Mitgliedschaft kaum in der Lage ist, Auskunft über bisherige GVB zu erhalten.

Das Anfechtungsrecht muss deshalb auch dem Noch-Nicht-Aktionär zur Zeit der Beschlussfassung zuerkannt werden.[15a]

1.1.6 Aktivlegitimation bei der Legitimationsübertragung[16] oder fiduziarischer Eigentumsübertragung[17]

Mit der Gestaltung dieser beiden Rechtsinstitute will der Aktionär bewirken, dass der Vertreter der Aktie nach aussen die Rechtsposition eines Eigentümers einnimmt, ohne dass durch diese stille Vertretung dessen Identität offen erkennbar wird. Nach aussen unterscheidet sich der Legitimationsaktionär oder der Fiduziar mit nichts vom Eigentümer der Aktie und gilt somit auch als Mitglied der Gesellschaft. Die beiden Rechtsinstitute haben somit keinen Einfluss auf das Verhältnis zwischen Gesellschaft und dem scheinbaren Eigentümer, denn dieser ist Aktionär.

Somit sind der Legitimationsaktionär, wie auch der Fiduziar zur Anfechtungsklage legitimiert.

15a gl.M.: Okur 105; Schluep 290 FN 113; a.M.: Bürgi OR 706 N50; Schucany OR 706 N1; F.v.Steiger 211.

16 Vgl.: F.v.Steiger SAG 35 (1962/63) 42 ff; Wieland HR II 101/102; siehe auch: Henseler, E.: Legitimationsübertragung von Aktien, Diss. Bern 1940.

17 Vgl.: Guhl 132; SJZ 48 (1952) 365.

1.1.7 Gesetzliche Vertreter

1.1.7.1 Ehemann

Nach ZGB 168 II hat der Ehemann die Ehefrau im Rechtsstreit um das eingebrachte Gut zu vertreten.

Zur Anstrengung einer Anfechtungsklage ist somit der Ehemann für Aktien, die die Ehefrau in die Ehe eingebracht hat, aktivlegitimiert. [18]

1.1.7.2 Andere gesetzliche Vertreter

Gestützt auf ihre gesetzliche Vertretungsmacht müssen zur Anfechtungsklage als aktivlegitimiert gelten: [19]

- der Inhaber der elterlichen Gewalt (ZGB 279)
- der Vormund (ZGB 367)
- der Beistand (ZGB 392 u. 394)
- der Beirat (ZGB 395 II)
- der Erbschaftsverwalter (ZGB 554)
- der Testamentsvollstrecker (ZGB 518)
- die Konkursverwaltung (SchKG 240)

---

18 Vgl.: Okur 108 f; Schucany SAG 30 (1957/58) 262 f; F. v. Steiger 152 f, 183. Dies gilt natürlich nicht bei Gütertrennung und Aktien aus dem Sondergut der Frau.

19 Bürgi OR 689 N26 ff; Hagmann E. 21/22; Schucany OR 689 N2.

1.2 Aktivlegitimation bei Bestehen von beschränkt dinglichen Rechten

1.2.1 Nutzniesser

Obschon OR 690 II die Mitverwaltungsrechte dem Nutzniesser zuweist, hat doch auch der Eigentümer der Aktie zweifellos Interessen, zu deren Wahrung er gewisser Schutzrechte bedarf. So steht denn nach schweizerischer Lehre das Anfechtungsrecht neben dem Nutzniesser auch dem Aktionär zu. [20]

1.2.2 Keine Aktivlegitimation für Pfandgläubiger

Zur Anfechtungsklage ist hier nur der Aktieneigentümer bzw. der Verpfänder und nicht der Pfandgläubiger aktivlegitimiert. Dies deshalb, weil das Pfandrecht nur die vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaftsrechte ergreift. [21]

1.3 Aktivlegitimation bei gemeinschaftlichem Aktieneigentum

Eine Aktie kann im Gesamt- oder Miteigentum mehrerer Personen stehen. Die Mitberechtigten sind nicht selbständige Gesellschafter und können deshalb ihre Mitgliedschaftsrechte und somit auch ihr Anfechtungsrecht nur mittels eines gemeinsamen Vertreters ausüben. [22] Dies

---

20 Bürgi OR 683 N 38, OR 690 N 16, OR 706 N 51; F.v.Steiger 150/151 u. 211, SAG 17 (44/45) 54; Schucany OR 690 N2; Funk OR 706 N1; ZR 39 (1940) 213 ff; a.M.: Okur 105 ff.

21 Zu schliessen aus ZGB 905 in Verbindung mit OR 689 V. Vgl.: F.v.Steiger 146.

22 OR 690 I; Rep. 109 (1976) 229 ff; Bürgi OR 690 N2; Schucany OR 690 N1; F.v.Steiger 137; a.M.: Ensslin 69.

ergibt sich aus dem Prinzip der Unteilbarkeit der Mitgliedschaft. [23] Bei Miteigentum erfolgt die Wahl durch Mehrheitsbeschluss, wobei die Mehrheit zugleich den grössten Teil der Sache vertreten muss. [24]

Bei Gesamteigentum richtet sich die Wahl nach den vertraglichen Regeln des betreffenden Gesamthandverhältnisses. [25] Ist vertraglich nichts bestimmt, dann gilt für die Wahl Einstimmigkeit. [26]

1.4 Nicht aktivlegitimiert sind Genussscheininhaber und Partizipant

Das BG hat die Aktivlegitimation des Genussscheininhabers zur Anfechtungsklage verneint. [27, 28]

1.5 Nicht aktivlegitimiert sind die Gläubiger

Ein Gläubiger ist zur Anfechtung eines GVB nicht aktivlegitimiert. [29]

Ihre allfälligen Ansprüche sind rein vertraglicher Natur und somit einzig mittels vertraglichen Schadenersatzrechts durchsetzbar. [30] Eine Verhinderungsmöglichkeit gibt es aber gleichwohl: der Gläubiger kann eine Klage auf Unterlassung der Ausführung des widerrechtlichen GVB an-

---

23 Schucany OR 690 N1.
24 ZGB 647b I.
25 ZGB 653 I.
26 ZGB 653 II.
27 31 II 475, 479, 487. Vgl.: Siegwart OR 657/658 N5, N38.
28 De lege ferenda hingegen, wird der Partizipant zur Anfechtungsklage zugelassen. (Vgl.: Vorentwurf Art. 656c IV; Bär SAG 48 (1975) 107 ff. bes. 113).
29 Vgl.: Ensslin 85; 64 II 151/2; Funk OR 706 S. 353 oben; Gamma 121.
30 Vgl.: 31 II 482 ff.

strengen. [31] Zur Legitimation für diese Klage brauchen keine aktienrechtlichen Voraussetzungen erfüllt zu werden.

Wird ein Gläubiger nicht befriedigt, hat er die Möglichkeit die Gesellschaft in Konkurs zu bringen. [32] Der Konkursverwaltung bleibt es dann belassen, die erforderlichen Massnahmen zu treffen, damit rechtswidrige GVB nicht ausgeführt oder rückgängig gemacht werden. [33]

Nach kantonalem Prozessrecht kann ein Gläubiger jedoch als Nebenintervenient in einem Anfechtungsprozess auftreten. Dies setzt natürlich voraus, dass ein Anfechtungsprozess hängig ist und er ein rechtliches Interesse am Sieg der zu unterstützenden Partei nachweisen kann. [34] Ein selbständiges Anfechtungsrecht wird diesbezüglich nicht gefordert. [35]

1.6 Verwaltung

Die Verwaltung wird für die Anfechtungsklage erst durch einen Mehrheitsbeschluss parteifähig; sie ist also nur als Organ zur Klage legitimiert. [36]

Die Verwaltungsratsminderheit oder einzelne Verwaltungsräte müssen beim Nichtzustandekommen eines Beschlusses, dass eine Anfechtungs-

---

31 Vgl.: Wieland SJZ 46 (1950) 235 1a.
32 Funk OR 706 S. 353 oben.
33 SchKG 288; Funk a.a.O.
34 Zürich ZPO 44; Bern ZPO 44; BZP 15. Vgl.: Kummer ZPR 159; Ottomann 73 ff.
35 Ensslin 169; a.M.: Okur 118; vgl.: unten 3.2.1.
36 Funk OR 706 N1; vgl.: 75 II 153/154; zur rechtstheoretischen Begründung siehe Plangg 62 Ziff.4. Hier gibt er eine Zusammenfassung von Begründungen der Literatur.

klage durchgeführt werden solle, den Weg eines Aktionärs beschreiten.[37] Dies setzt natürlich voraus, dass sie Aktionäre sind.[38]

Dies wäre selbst dann der Fall, wenn es um die Anfechtung einer nichterteilten Decharge eines einzelnen Verwaltungsratsmitgliedes ginge.[39] Die Anfechtung als Aktionär[40] ist auch für diesen Tatbestand zulässig, da der Umfang des Anfechtungsinteresses als Klagevoraussetzung sehr weit gefasst ist.[41]

Die Verwaltung[42] ist selbst dann zur Klage legitimiert, wenn sie zur Stimmabgabe bei der Beschlussfassung nicht zugelassen wurde.[43] Dies lässt sich damit begründen, dass das Anfechtungsrecht nicht Ausfluss des Stimmrechts ist.[44]

1.6.1 Aktivlegitimation der gesetzlichen Liquidatoren

Nach OR 740 wird die Liquidation, sofern die Statuten oder die GV nichts anderes bestimmen, durch die Verwaltung vorgenommen. Das nun als Liquidatoren bezeichnete Organ bleibt also dasselbe. Es bleibt damit sicher auch zur Anfechtungsklage aktivlegitimiert.[45]

---

37 75 II 153/154 E 2b; a.M.: Mohr 42/43.
38 Das Verwaltungsratsmitglied braucht nicht unbedingt Aktionär zu sein. Dies ist möglich für Vertreter juristischer Personen (OR 707 III) oder Körperschaften des öffentlichen Rechts (OR 762 III) im Verwaltungsrat (Bürgi OR 707 N30; Huber SJZ 34 (1937/38) 35).
39 Die GV kann die Decharge nur einzelnen VR-Mitgliedern erteilen, wenn diese der anderen umstritten ist. (Vgl.: Bürgi OR 698 N 90ff).
40 a.M.: Okur 110, der in diesem Fall das Anfechtungsrecht in der Eigenschaft als VR-Mitglied zulässt.
41 Vgl.: unten 2.1.1.
42 Dies gilt auch für Aktionäre.
43 Wie z.B. bei der Dechargeerteilung.
44 Vgl.: Kapitel I, 3.
45 Vgl.: Ensslin 84; Plangg 20.

Die Liquidation kann aber durch die Statuten oder die GV auch anderen Personen überbunden werden. Ob auch diese Liquidatoren als Organ zur Anfechtung berechtigt sind ist fraglich. [46] Sicher ist dann eine Anfechtungsberechtigung anzunehmen, wenn ihnen die Pflicht der Verwaltung zur Ueberwachung der Innehaltung von Gesetz und Statuten übertragen wird. [47] Ob diese Liquidatoren Aktionäre sind, ist unerheblich. Denn auch die Verwaltungsratsmitglieder sind nicht für die Zulassung zur Anfechtungsklage Aktionäre, sondern aus Gründen der Sicherstellung für allfällige Verantwortlichkeitsansprüche. [48]

1.7 Keine Aktivlegitimation der Kontrollstelle

Die Kontrollstelle ist zur Anfechtungsklage nicht aktiv legitimiert. [49] Sollte die Kontrollstelle anfechtungsberechtigt sein, müsste sie als gesetzliches Organ im Gesetzestext von OR 706 genannt sein. Auch aus ihrem Aufgabenkreis heraus [50], lässt sich eine Notwendigkeit zur Zulassung zu diesem Rechtsbehelf nicht begründen.

1.8 Keine Aktivlegitimation für die Direktion

Die Direktion ist zur Anhebung einer Anfechtungsklage nicht legitimiert. [51]

---

46 Vgl.: Plangg 20.
47 Vgl.: OR 722 Ziff. 3.
48 Vgl.: Huber SJZ 34 (1937/38) 35.
49 Ensslin 82 f; Plangg 19. Hingegen auf statutarischem Wege ist eine Zulassung der Kontrollstelle zur Anfechtungsklage vorsehbar. Vgl.: Kapitel I, 3.
50 Vgl.: OR 728 ff.
51 Ensslin 84; a.M.: Felber 69 f; Plangg 33.

Obschon die Verwaltung nach Gesetz die Möglichkeit hat, ihre Pflichten weitgehend an ein Direktorium zu delegieren, gelten doch die Kompetenzen, die sich aus ihrer Stellung als oberstes Aufsichtsorgan erwachsen, als nicht delegierbar. [52]

Es ist deshalb kaum notwendig, dass dem Direktorium die Aktivlegitimation zur Anfechtungsklage zugesprochen wird. Das Schweigen des Gesetzes ist denn auch hier, als ein qualifiziertes auszulegen.

Dass bei der GmbH die Geschäftsführung das Anfechtungsrecht zuerkannt bekommt [53], ist für die AG unerheblich; das Anfechtungsrecht von OR 706 erfährt doch für die Anwendung bei der GmbH eine spezielle Auslegung, die auf ihre speziellen Bedürfnisse zugeschnitten sind.

2. WEITERE KLAGEVORAUSSETZUNGEN

2.1 Das Anfechtungsinteresse

Als weitere Klagevoraussetzung wird vom Kläger ein Anfechtungsinteresse verlangt. [54] Ansonsten gilt die Klage als missbräuchlich. [55]

---

52 Bürgi OR 717 N14; vgl.: OR 722 Ziff. 3.
53 Jangg/Becker OR 808 N19; W. v. Steiger OR 808 N14.
Vgl.: Gamma 120. Er will Aktivlegitimation auf Geschäftsführer eingeschränkt wissen, die Gesellschafter sind.
54 86 II 167; SAG 38 (1966) 247.
55 86 II 167; SAG 33 (1960/61) 130.

2.1.1 Das Anfechtungsinteresse des Aktionärs

Für den Aktionär genügt für die Zuerkennung eines Anfechtungsinteresses die Absicht, die Interessen der Gesellschaft wahren zu wollen. Ein direktes persönliches Interesse ist nicht erforderlich. [56]

Zweifelhaft erscheint das Verfolgen des Gesellschaftsinteresses, wenn ein Aktionär einen GVB anficht, der dem VR die Tantieme verweigert. Das BG hat jedoch auch hier das Vorliegen eines Anfechtungsinteresses bejaht. [57] Im Hinblick auf einen ordnungsgemässen Geschäftsgang sei es durchaus angebracht, zweifelhafte Fragen auf dem Wege der gerichtlichen Klage abzuklären. Seine Klage kann sich jedoch lediglich auf die Aufhebung des Beschlusses richten, denn der Aktionär hat sicher kein Interesse daran, dass die Gesellschaft zur Ausrichtung von Tantiemen angehalten werde.

Ein Anfechtungsinteresse ist somit durch diese weite Auslegung beim Aktionär stets zu vermuten. [58]

2.1.2 Das Anfechtungsinteresse der Verwaltung

Persönliche Interessen der Verwaltungsräte können die Verwaltung als solche nicht zur Klage legitimieren. [59] Die Aktivlegitimation ist also nicht aus einem speziellen Interesse, als vielmehr aus der Pflicht der Verwaltung zur Wahrung von Gesetz und Statuten abzuleiten. [60]

---

56 75 II 154.
57 75 II 154.
58 SAG 38 (1966) 247; Plangg 57.
59 Bürgi OR 706 N52.
60 Vgl.: Plangg 34 ff u. 57.

2.1.3 Verlust des Anfechtungsinteresses bei Ersetzen des anfechtbaren Beschlusses durch einen neuen

Der Kläger verliert das Anfechtungsinteresse, sobald ein anfechtbarer Beschluss durch einen neuen GVB revidiert oder ersetzt wurde. Würde ein Kläger in einem solchen Falle an einer Klage festhalten, wäre dies ein offenbarer Rechtsmissbrauch.[61]

Ein revidierter oder ersetzter Beschluss ist also nicht mehr anfechtbar. Eine bereits angestrengte Anfechtungsklage wird somit mit der Fassung eines neuen GVB gegenstandslos.

2.2 Nichtzustimmung zum Beschluss

Würde ein Aktionär einem anfechtbaren Beschluss zustimmen und nachträglich gleichwohl eine Anfechtungsklage anstrengen, würde er damit gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen.[62]

Wer dem Beschluss also zustimmt, vergibt sein Klagerecht[63], es sei denn, ein Willensmangel liege bei der Stimmabgabe vor.[64]

---

61 86 II 165 ff, 170.

62 74 II 43; 99 II 57; SAG 38 (1966) 247 f. Zu beachten ist, dass mit der Zustimmung zum Beschluss nur das Anfechtungsrecht auf diesen einen verwirkt wird und nicht etwa in bezug auf alle Beschlüsse der GV (ZR 74 (1975) 5 ff).

63 Vgl.: Sonntag SAG 23 (1950/51) 80: Er will, wenn der Kläger als Aktionär zugestimmt hat, diesen zur Klage der Verwaltung gleichwohl noch zulassen.

64 Vgl.: Kapitel V,4. Feldmann 96 ff; Stebler 118; SJZ 57 (1961) 124, 127 f.

Nicht als Zustimmung gilt:

- die Genehmigung der Traktandenliste [65]
- die Stimmenthaltung [66]

Ein Gegenvorschlag [67] oder ein Einspruch [68] braucht nicht gemacht zu werden.

Als Zustimmung gilt:

- die stillschweigende Genehmigung bzw. konkludentes Verhalten. [69] Für die Zustimmung braucht es also keine Form.
- die Zustimmung ausserhalb der GV. [70] Die Zustimmung kann somit jederzeit und auch nach der GV geäussert werden. [71]
- die uneinheitliche Ausübung des Stimmrechts für sein Aktienpaket. Dies deshalb, weil der Aktionär von der Möglichkeit mit dem ganzen Aktienpaket die Zustimmung zu verweigern, nicht vollen Gebrauch gemacht hat. [72]
- die Zustimmung durch den Vertreter des Aktionärs oder den Legitimationsaktionär [73]
- die Stellung des Antrages, der durch die GV angenommen wird. [74]

Für den anfechtungswilligen Aktionär ist es aber empfehlenswert, seine abweichende Meinung in der GV zu Protokoll zu geben. [75] Dies erleichtert ihm die spätere Beweisführung. Er trägt nämlich für eine behauptete Zustimmung durch die Gesellschaft die Beweislast für den Gegenbeweis. [76]

---

65 ZR 74 (1975) 57 ff.
66 Vgl. a.P.: 54 II 26.
67 99 II 57 E 1.
68 74 II 42; Schucany OR 706 N 2C; Schluep 292.
69 74 II 43; vgl.: Schluep 292; ZWR 1975 S. 114 ff; SJZ 57 (1961) 124, 126 f.
70 Vgl.: Ensslin 88 f; Peyer 111; Weiss SJZ 39 (1942/43) 537.
71 Ensslin 89 ff; Schluep 292.
72 Schluep 292; Ensslin 94 ff.
73 Ensslin 99 ff; Gamma 116; Schluep 292.
74 ZR 74 (1975) 57 ff.
75 Forstmoser 164/5 N20.
76 Peyer 111/112; vgl.: Kummer ZPR 137 f.

2.3 Die Teilnahme an der GV ist keine Klagevoraussetzung

Der Aktionär hat keine Pflicht, an der GV teilzunehmen. Demzufolge darf es nicht eine Klagevoraussetzung sein, dass der anfechtende Gesellschafter an der GV teilgenommen haben muss.[77]

2.4 Ein Fusionsbeschluss bleibt trotz des Handelsregistereintrags anfechtbar

Nach herrschender Lehre[78] können Fusionsbeschlüsse, die bereits im Handelsregister eingetragen sind, nicht mehr angefochten werden. Nicht dieser Ansicht ist das BG.[79] Sollte der Richter ein angefochtener Fusionsbeschluss aufgehoben haben, so kann die eingetragene Auflösung oder gar die Löschung rückgängig gemacht werden. Die praktischen und wirtschaftlichen Komplikationen[80], die sich daraus ergeben könnten, blieben jedoch vom BG nicht unerwähnt.[81]

---

77 Schluep 292; vgl.: Schucany OR 706 2C, der diese Klagevoraussetzung begrüssen würde.
99 II 57; 74 II 43; SJZ 37 (1940/41) 297; vgl. a.P.: 65 II 225 ff; 64 II 152 ff; 54 II 19 ff; 31 II 482 ff.

78 Bürgi OR 748 N 84; Stehli 152 u. dort zit. Lit.

79 97 II 188 f.

80 Vgl.: Stehli 153; Suter 128.

81 Vgl.: 97 I 487.

3. DIE KLAGE

3.1 Das Klagebegehren

Die Anfechtungsklage hat durch eine selbständige Gestaltungsklage[82] in Form eines Klagebegehrens zu erfolgen. Die Geltendmachung bloss durch eine Einwendung, ist ausgeschlossen.[83]

3.1.1 Form des Klagebegehrens

Das Klagebegehren bedarf der schriftlichen Form und ist vom Kläger zu unterzeichnen, sowie zu datieren.[84]

3.1.2 Inhalt des Klagebegehrens

Das Klagebegehren muss folgenden Inhalt aufweisen[85]:

- die Parteibezeichnung (Kläger/Beklagte)
- Rechtsbegehren

  Die Rechtsbegehren sind so zu fassen, dass sie unverändert zum Urteil erhoben werden können und ohne mit Motiven beschwert dem Vollstreckungsrichter präzise sagen, was zu vollstrecken ist.

  Bei der Anfechtungsklage geht das Rechtsbegehren auf Aufhebung des angefochtenen Beschlusses mit rückwirkender Kraft.[86]

---

82 Die Anfechtungsklage gilt als Gestaltungsklage, da diese eine Rechtsumgestaltung verfolgt (Bürgi OR 706 N69).
83 Bürgi OR 706 N69; Funk OR 706 N1 S. 350; Schucany OR 706 N 1C.
84 Bern ZPO 124/125, 156/157; BZP 21, 23; vgl.: Kummer ZPR 106.
85 Kummer ZPR 107 f.
86 Funk OR 706 N1 S. 352; F.v.Steiger 216.

Zu beantragen ist ferner der Kostenersatz durch den Beklagten mit der üblichen Wendung: "unter Kostenfolge".[87]

- die Streitwertangabe
  Diese ist nur nötig, sofern der Streitwert die sachliche Zuständigkeit beeinflusst.[88]

- die Begründung[89]
  Zur Begründung gehören eine sachliche wie formelle Begründung. Zur letzteren gehören alle Unterlagen, die für die Beurteilung der Prozessvoraussetzungen wesentlich sind.[90] In die sachliche Begründung gehört die Schilderung des Sachverhalts artikelweise gegliedert, aus dem der Kläger seine Behauptung ableitet. Wesentlich ist hier, dass alle Anfechtungsgründe angegeben werden. Eine Neueinbringung von neuen Anfechtungsgründen ist während des Verfahrens bzw. nach Fristablauf nicht mehr möglich.[91]

- Beweismittel
  Zu jeder einzelnen Sachbehauptung sind die Beweismittel aufzuführen.[92]

3.1.3 Klagekombination

Die Verbindung bzw. kumulative Häufung[93] der Gestaltungsklage mit einer Leistungsklage ist möglich[94], nicht aber eine solche mit einer Feststellungsklage bzw. Nichtigkeitsklage.[95]

---

87 BZP 69 I.
88 Kummer ZPR 107.
89 Bern ZPO 157 Ziff.4; BZP 23 lit.d.
90 z.B. Vertretungsverhältnisse, örtliche Zuständigkeit.
91 86 II 86 E 6; vgl.: unten 6.3.
92 Bern ZPO 157 Ziff.5; BZP 23 lit.e.
93 Vgl. Kummer ZPR 151 f.
94 Bürgi OR 706 N69; Nobel 66; Plangg 21f; Schluep 298, SJZ 54 (1958) 213.
95 Nobel 66; Feldmann 116; a.M.: Jagmetti 45/46.

Die Vereinigung einer Feststellungsklage mit der Anfechtungsklage ist aus logischen Gründen nicht möglich. So kann nicht die Beseitigung von einem GVB gefordert werden, deren Nichtexistenz gleichzeitig behauptet wird. [96] Die Nichtigkeitsklage und Anfechtungsklage können jedoch so verbunden werden, dass im Falle der Nichtfeststellung der Nichtigkeit ein Eventualbegehren auf Anfechtbarkeit gestellt wird. [97] Es sind also zwei Begehren nötig. [98] Ueber die Zulässigkeit des Eventualbegehrens entscheidet die kantonale Zivilprozessordnung. [99]

Erhebt der Kläger aber nur eine Anfechtungsklage und liegt bereits ein nichtiger GVB vor, hätte dies für den Kläger keine negativen Folgen. Denn das Gericht müsste die Nichtigkeit von Amtes wegen beachten [100] und feststellen. Somit würde anstelle der Aufhebung ex tunc die ursprüngliche Ungültigkeit festgestellt. [101]

Bei der gleichzeitigen Leistungsklage ist zu beachten, dass sich die Begründung für den Leistungsanspruch auf das Gesetz oder eine Statutenbestimmung stützt. Denn das Gericht kann kein positives Leistungsurteil fällen, ausser der Richter könne sich auf eine gesetzliche oder statutarische Regelung stützen, die den Leistungsanspruch zu begründen vermag, so dass sich ein GVB seitens der Gesellschaft erübrigt. [102] Die Entscheidung einer gleichzeitigen Leistungsklage hat aber nur Wirkung unter den Prozessparteien. [103] Dies ergibt sich aus der Rechtsnatur der Leistungsklage. [104]

---

96 Feldmann 116.
97 Vgl.: Feldmann 116.
98 Vgl.: Kummer ZPR 107.
99 Bern ZPO 159.
100 Vgl.: Kapitel II, 8.1.
101 SAG 33 (1960/61) 25; ZBJV 72 (1936) 511.
102 Vgl.: unten 7.2.1.
103 Plangg 22; vgl.: 75 II 158.
104 Vgl.: Kummer ZPR 99 ff.

Als Leistungsklagen im Aktienrecht treten hervor[105]:

- die Schadenersatzklage
- die Auflösungsklage

Da die letztere zur Anfechtungsklage in einer Subsidiaritätsbeziehung steht[106], ist sie nur mit einem Eventualbegehren mit dieser kombinierbar.

3.1.4 Nebenintervention

Das kantonale Prozessrecht kennt das Instrument der Nebenintervention.[107] Dies ermöglicht einem zusätzlichen Kläger bei einer schon hängigen Anfechtungsklage am Prozessgeschehen noch mitwirken zu können[108], oder die Hauptpartei, an deren Sieg der Intervenient interessiert ist, zu unterstützen.[109]

Eine Nebenintervention ist auch dann noch möglich, wenn die Frist zur Anbringung einer Anfechtungsklage bereits abgelaufen ist.[110]

3.1.4.1 Voraussetzungen der Nebenintervention

Folgende Voraussetzungen für die Nebenintervention müssen erfüllt sein[111]:

---

105 Plangg 22.
106 Vgl.: Kapitel V, 3.1.
107 Bern ZPO 44; BZP 15 I.
108 Vgl.: Ottomann 73.
109 Vgl.: Kummer ZPR 158.
110 Ensslin 169.
111 Vgl.: Kummer ZPR 159; Ottomann 74f.

- es muss bereits eine Anfechtungsklage rechtshängig sein
- der Intervenient muss ein rechtliches Interesse am Sieg der zu unterstützenden Partei haben.[112] Dieses rechtliche Interesse ist im Anfechtungsprozess für den Aktionär, wie für die Verwaltung zu vermuten[113], hat doch das, den GVB aufhebende Urteil gegenüber allen Aktionären Geltung.[114]
- der Nebenintervenient muss ein Dritter sein, d.h. es darf ihm im Prozess nicht bereits eine Parteistellung zukommen
- der Nebenintervenient darf dem Beschluss nicht zugestimmt haben.[115]

3.1.4.2 Stellung des Nebenintervenienten[116]

Nach kantonalem Prozessrecht kommt dem Nebenintervenienten eine untergeordnete Stellung zu.[117] Der Nebenintervenient bleibt blosser Gehilfe der Hauptpartei und wird damit selbst nie Partei.[118]

Er kann wohl zur Zeit seines Beitritts Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen, ist aber stets an den Willen der Hauptpartei gebunden. Die letztere kann den Prozesshandlungen des Intervenienten durch ausdrückliche Erklärung oder anderslautende Prozesshandlung stets die Rechtswirksamkeit entziehen.[119] Die Hauptpartei bleibt also stets "Herrin des Prozesses".[120] Lediglich in Kantonen in denen das Prozessgesetz die streitgenössische bzw. die selbständige Intervention kennt[121], kann der

---

112 Vgl.: Zürich ZPO 44; Bern ZPO 44; BZP 15.
113 Ensslin 168.
114 Vgl.: unten 7.3.2; OR 706 V.
115 Ensslin 169.
116 Vgl.: Ottomann 75 f; Kummer ZPR 160.
117 Ottomann 75.
118 Kummer 160.
119 Vgl.: BZP 15 II; Zürich ZPO 45 II.
120 Ottomann 75.
121 Bern ZPO 47, Uri ZPO 64, Obwalden ZPO 41 II, Freiburg ZPO 94 II, Solothurn ZPO 43 II, BZP 15 III.

Intervenient im Anfechtungsprozess auch gegen den Willen der Hauptpartei Prozesshandlungen vornehmen. [122] Hingegen bleibt dem Nebenintervenienten das Verfügen über den Streitgegenstand durch Vergleich oder Abstand stets versagt. [123]

3.2 Beweisführungslast und Beweislast

Im Zivilprozess sind es grundsätzlich die Parteien, die ihre Sachbehauptungen zu beweisen haben. Wer etwas behauptet, hat die Beweisführungslast. Auch trägt er die Folgen bzw. die Nachteile der Beweislosigkeit, die sogenannte Beweislast. [124]

Für den Anfechtungsprozess heisst das nun, dass der anfechtende Aktionär die Gesetzes- oder Statutenverletzung zu beweisen hat. Lediglich bei "normalerweise unmöglich oder kaum zu erbringenden Beweisen" ist eine Beweislastumkehr möglich [125], sofern "dies für den Beweisgegner nicht unbillig ist". [126] Allein der Umstand, dass eine negative Tatsache bewiesen werden muss, rechtfertigt die Umkehr der Beweislast nicht. [127] Dies ist stets aufgrund des konkreten Einzelfalles abzuklären. [128]

---

122 Ottomann 76; Kummer 160.
123 Wie FN 122.
124 Vgl.: ZGB 8; Kummer 136 ff.
125 Vgl.: 29 II 452 ff.
126 v. Greyerz Ch., Der Beweis negativer Tatsachen, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 354, S. 42.
127 Deshalb falsch: Tappolet 58, Pelli 45; vgl.: Kummer ZGB 8 N165.
128 Vgl.: v. Greyerz, a.a.O. 45 ff.

3.3 Gültigkeit des GVB bis zum Urteil

Der GVB bleibt bis zum Urteil oder bis zum Ablauf der Frist von zwei Monaten resolutiv bedingt gültig. [129] Er befindet sich in einem Schwebezustand bis ihn das Urteil des Richters endgültig vernichtet oder bis ihn der Ablauf der Frist zum vollends gültigen Beschluss erhebt.

Ein anfechtbarer Beschluss ist somit grundsätzlich gültig. Er muss deshalb von der Handelsregisterbehörde eingetragen werden, selbst wenn die Verletzung klar zu Tage tritt. [132] Auch die Verwaltung wäre theoretisch verpflichtet, den Beschluss auszuführen. [131] Doch ein Zuwarten mit der Ausführung des Beschlusses ist ihr immer anzuraten, wenn eine Anfechtungsklage eingereicht wurde, eine solche befürchtet werden muss oder bloss erst angekündigt wurde [130]; denn das Ausführungsorgan läuft Gefahr, verantwortlich und gar schadenersatzpflichtig zu werden. [133]

3.4 Einstweilige Verfügung

Wird ein angefochtener oder ein anfechtbarer Beschluss gleichwohl ausgeführt, könnte seine Wirkung eventuell kaum oder nicht mehr rückgängig gemacht werden. Das Anfechtungsurteil würde somit trotz seiner Wirkung ex tunc praktisch ohne Bedeutung bleiben. [134]

---

129 Ensslin 34; Feldmann 114; Frei 114; Kohler 68; Peyer 7; Schluep 295; Schucany OR 706 N5; Strub 9; 78 III 45.
130 n.v. BGE: 22. Nov. 1939, in: SAG 12 (1939/40) 178/179: Denn der Reg. Führer weiss ja nicht, ob die Anfechtung tatsächlich erfolgt.
131 Vgl.: Bürgi OR 721 N13.
132 Bürgi OR 706 N71.
133 Vgl.: Kapitel V, 1.3.
134 Vgl.: Patry (annulation) 28 ff.

Der Kläger hat denn ein Interesse, die Ausführung ev. mit einer einstweiligen Verfügung des Richters zu unterbinden.

Die Zulässigkeit und die Voraussetzungen zur Anwendung einer einstweiligen Verfügung werden durch das kantonale Prozessrecht bestimmt.[134a] Wo das kantonale Prozessrecht somit dieses Rechtsinstitut nicht nennt, ist seine Anwendung durch den Richter nicht gegeben.[135]

Im Kanton Bern ist dem Richter die Möglichkeit gegeben, auf Gesuch eines Beteiligten bzw. des Klägers eine einstweilige Verfügung[136] zu erlassen. Der Gesuchsteller braucht nur glaubhaft zu machen, dass für den fälligen Rechtsanspruch, bei nicht sofortiger Erfüllung, dessen Vereitelung oder dessen erschwerte Befriedigung zu befürchten ist, oder dass dem Berechtigten ein erheblicher oder nicht leicht zu ersetzender Schaden oder Nachteil droht.[137]

Glaubhaft machen bedeutet, dass der Richter sich nicht von der Richtigkeit der aufgestellten Behauptung zu überzeugen braucht, sondern dass ..." eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein der in Frage kommenden Tatsachen".. für die Aussprechung einer einstweiligen Verfügung genügt. Um der erforderlichen Raschheit des Verfahrens willen, kann sich der Richter also auf eine summarische Prüfung beschränken.[138]

134a 97 II 190 E 2; 97 I 486 E 3; vgl.: SJZ 51 (1955) 300; SJZ 37 (1940/41) 12; E. Steiner SAG 13 (1940/41) 14.

135 Vgl. Kritik: Okur 128 f; F.v.Steiger 208 f. falsch: F.v.Steiger SAG 38 (1965) 29f.

136 Bern ZPO 326 Ziff. 3. Die einstweilige Verfügung ist nicht zu verwechseln mit einer vorläufigen Massnahme. Der Richter kann eine letztere erlassen um, in Fällen dringender Gefahr, die Ansprüche des Gesuchstellers bis zum Entscheid über die einstweilige Verfügung sicherzustellen (Bern ZPO 328; vgl.: Kummer ZPR 269).

137 Bern ZPO 326 Ziff. 3; 97 I 486; vgl.: Guldener 381 ff; Kummer ZPR 267 ff; Leuch ZPO 326 N3; Ziegler 74/75.

138 88 I 14 f; 97 I 486 f.

Zusätzlich wird verlangt, dass die Anfechtungsklage Erfolgsaussichten hat. Für die beklagte Gesellschaft kann nämlich eine verhinderte Ausführung eines Beschlusses erhebliche Nachteile bringen.[139] Deshalb ist der Richter zur Sicherung der Deckung eines solchen Schadens befugt, vom Kläger eine Sicherheitsleistung zu verlangen.[140]

Beim Erlassen einer vorsorglichen Verfügung ist der Richter verpflichtet, eine angemessene Frist zur Anhebung einer Anfechtungsklage anzusetzen.[141] Wird die Frist nicht eingehalten, fällt die vorsorgliche Verfügung dahin. Eine Ausnahme von dieser Regel ist nur dann zu machen, wenn der Gesuchsteller praktisch nur noch Schadenersatz verlangen kann.[142]

Mit dem Erlass einer einstweiligen Verfügung liegt noch kein Endentscheid vor, auch wenn diese im Effekt einem Urteil gleichkommt.[143] Deshalb kann die Ablehnung des Erlasses einer einstweiligen Verfügung auch nicht mit der Berufung[144] angefochten werden. Das Rechtsmittel der Berufung gilt nur für Endentscheide.[145]

Zu beachten ist weiter, dass die Anordnung einer einstweiligen Verfügung bei der Anfechtung eines GVB vor einem Schiedsgericht, Sache des staatlichen Richters bleibt.[146]

---

139 97 I 488.
140 Bern ZPO 329; vgl.: Kummer ZPR 268.
141 Vgl.: 81 I 400.
142 88 I 16 f.
143 97 II 188.
144 OG 48.
145 87 II 187 E 1, und dort zit. Lit.
146 Vgl.: unten 5.2.1.6.

3.4.1 Einspruch gegen eine Eintragung beim Handelsregisterführer

Eine noch nicht vollzogene Eintragung eines z.B. statutenändernden GVB kann mit einer Einsprache beim Handelsregisterführer sofort verhindert werden. Der HReg.-Führer hat hierauf eine nach dem kantonalen Prozessrecht genügende Frist zur Erwirkung einer einstweiligen Verfügung des Richters anzusetzen.[147] Als genügend wird die Frist erachtet, wenn sie so bemessen ist, dass innerhalb dieser nicht bloss das Gesuch um Erlass einer einstweiligen Verfügung eingereicht werden kann, sondern der Richter auch seinen Entscheid treffen kann.[148] Wird die Eintragung innert der Frist vom Richter nicht untersagt, so ist sie vorzunehmen.[149]

3.5 Gründung einer Gesellschaft zur Klageanhebung

Zur Erhebung einer Anfechtungsklage und Durchführung von Anfechtungsprozessen wurden gelegentlich Aktiengesellschaften oder Genossenschaften gegründet.[150]

Dies scheint den Vorteil zu haben, mit gemeinsamen Mitteln die Last des Prozessrisikos besser tragen zu können, insbesondere wegen den klaren und beschränkten Haftungsverhältnissen das finanzielle Prozessrisiko kalkulierbar zu machen. Sollten die Prozesskosten gar das Vermögen der Gesellschaft überschreiten, würde man diese einfach in den

---

147 HRegV 32 II. Zu betonen bleibt noch einmal, dass aus dieser Bestimmung nicht etwa ein bundesrechtlicher Anspruch auf Erlass einer einstweiligen Verfügung abzuleiten ist. Die Zulässigkeit bestimmt sich allein durch das kantonale Prozessrecht (vgl. oben 3.5.).

148 SJZ 43 (1947) 224.

149 59 I 239 ff.

150 Vgl.: 95 II 157 ff, Genossenschaft zum Schutze der privaten Aktionäre; 97 I 481 ff, 97 II 185 ff, Aktiengesellschaft für Rechtsschutz in Fusionssachen.

Konkurs gehen lassen. In Ermangelung einer Nachschusspflicht oder persönlichen Haftung würden die beteiligten Aktionäre bzw. Anfechtungskläger gesellschaftsrechtlich nicht belangbar und sich so schadlos halten können.

Wird jedoch die Rechtsform einer juristischen Gesellschaft missbräuchlich ausgenutzt, so dürfte sie vom Richter ignoriert werden und durch sie hindurch auf die Gesellschafter gegriffen werden. [151] Eine rechtliche Begründung für dieses Vorgehen dürfte in ZGB 2, dem Verbot des Rechtsmissbrauchs [152], oder eventuell in OR 18, dem Grundsatz für die Auslegung von Verträgen gefunden werden. [153]

3.6 Eine Kaution braucht vom Kläger nicht gestellt zu werden

Das kantonale Recht verbietet es dem Kläger, eine Kaution zur Sicherstellung allfälliger Schadenersatzansprüche wegen unbegründeter Anfechtungsklage abzufordern. [154]

Dies ist nur zugelassen, wenn der Kläger eine einstweilige Verfügung gegen die Ausführung des angefochtenen GVB fordert. [155]

---

151 Forstmoser 310 N 27 f.

152 Vgl.: 53 II 25 ff, wo ausnahmsweise nicht auf die juristische Form der Gesellschaft abgestellt wurde, sondern auf die dahinter verborgenen wirtschaftlichen Verhältnisse; 98 II 99 f; 85 II 111 ff; siehe auch: Homburger E., Zum Durchgriff nach schweizerischem Recht, SJZ 67 (1971) 249 ff.

153 Vgl.: Jäggi SAG 46 (1974) 151.

154 Bürgi OR 706 N70; Kummer ZPR 268; Schucany OR 706 N5.

155 So z.B. in: ZR 47 (1948) 9 ff.

4. PASSIVLEGITIMATION

Passivlegitimiert ist die Gesellschaft und nicht etwa die GV als Organ oder die nicht anfechtenden bzw. zustimmenden Aktionäre.[156] Im Anfechtungsprozess wird die Gesellschaft von der Verwaltung vertreten.[157]

Die AG ist aber nur dann prozessfähig[158], wenn ihre Rechtspersönlichkeit noch besteht. Wurde die AG aufgrund eines anfechtbaren Auflösungsbeschlusses unmittelbar (ohne Liquidation) im Handelsregister gelöscht, muss für die Prozessführung diese vorerst wieder eingetragen werden. Einmal würde sonst ein Prozess gegen ein gar nicht mehr existierendes Gebilde geführt, zum andern steht vor dem Prozess noch nicht fest, ob der fragliche Beschluss nun auch wirklich aufgehoben wird.[159]

Im Auflösungs- bzw. Liquidationsstadium bleibt die Gesellschaft passivlegitimiert, denn zu diesem Zeitpunkt ist ihre Rechtspersönlichkeit noch erhalten.[160]

4.1 Vertretung bei Klage durch die Verwaltung

Wird ein Beschluss durch die Verwaltung als Organ angefochten, so bestimmt der Richter einen Vertreter für die Gesellschaft.[161] Möglich

---

156 Bürgi OR 706 N54; 23 I 923; SJZ 38 (1941/42) 315.
157 Implizit aus OR 706 III.
158 Zur Prozessfähigkeit der AG siehe auch: Ottomann 18 ff.
159 Vgl.: SAG 34 (1961/62) 26; für die Betreibung: 73 III 62; für die Nichtigkeitsklage: 64 II 153 f.
160 SAG 34 (1961/62) 25 f.
161 OR 706 III.

wäre hier ein Beistand im Sinne von ZGB 393 IV[162], sowie ein neuer Verwaltungsrat.[163,164] Die Gesellschaft kann mittels einer ausserordentlichen GV zur richterlichen Bestimmung ihres Vertreters Stellung nehmen, indem sie den Einwand einer allfälligen Befangenheit anbringt.[165]

Mit der richterlichen Ernennung eines Vertreters wird die Gesellschaft verpflichtet, diesem die nötigen Unterlagen und Akten zur Verfügung zu stellen. Nötigenfalls kann sie durch eine richterliche Verfügung dazu gezwungen werden.[166]

4.2 Vertretung bei Klage eines Verwaltungsratsmitgliedes in der Eigenschaft als Aktionär

Auch hier wird die Gesellschaft durch die Verwaltung vertreten, soweit die Statuten nichts anderes bestimmen.[167] Dies jedoch nur unter dem Vorbehalt, dass der VR parteifähig bleibt, d.h. dass immer noch ein Mehrheitsbeschluss in diesem Organ möglich bleibt.[168] Ansonsten kommt OR 706 III zur Anwendung.

---

162 Auch der Beistand nach ZGB 393 IV wird für den Anfechtungsprozess vom Richter bestimmt und nicht etwa von der Vormundschaftsbehörde; dies weil OR 706 als lex specialis zu ZGB 393 IV gilt (n.v. BGE vom 12.12.1968, in: JT 117 (1969) I 378 f. E 1). Zu beachten ist, dass die Ernennung eines Beistandes als Ausnahme zu gelten hat. So wurde im eben zit. Entscheid die Ernennung eines Beistandes nicht für nötig befunden, da einer der zwei Verwaltungsräte noch fähig war, die Gesellschaft zu vertreten; und dies obschon dessen Wahl eben gerade Gegenstand der Anfechtungsklage war (vgl. 78 II 374 f u. dort zit. Entscheide).

163 Okur 111; Ottomann 29 ff; vgl.: n.v. BGE vom 12.12.68, in: JT 117 (1969) I 378 f, E 1; 78 II 375.

164 Nicht aber die Kontrollstelle. Somit falsch: Okur 111, Ottomann 29.

165 Bürgi OR 706 N 56.

166 Schucany OR 706 N4.

167 OR 708 III.

168 Vgl.: Schucany OR 706 N 1.

5. ZUSTAENDIGKEIT

5.1 Oertliche Zuständigkeit[169]

Als allgemeiner Gerichtsstand der AG gilt nach Bundesrecht[170] wie kantonalem Prozessrecht[171] der Sitz der Gesellschaft.[172] Dieser wird durch die Statuten[173] bestimmt und ist im HR einzutragen.[174] Für jede Gesellschaft ist nur ein Sitz möglich.[175] Die Wahl des Sitzes durch die Gesellschaft braucht nicht unbedingt auf den Mittelpunkt des gesellschaftlichen Geschehens insbesondere auf den Standort der Verwaltung[176] zu fallen.[177] Grundsätzlich ist die AG in der Wahl ihres Sitzes frei.[178] Deshalb muss der Sitz einer Gesellschaft, und damit der Gerichtsstand, anhand des Handelsregistereintrages ermittelt werden.

Die Parteifähigkeit ist massgebend für die Dauer der Gültigkeit des allgemeinen Gerichtsstandes.[179]

Zu beachten ist jedoch, dass vertraglich oder statutarisch auch ein vom Sitz der Gesellschaft abweichender Gerichtsstand für einen Anfechtungsprozess bestimmt werden kann. Dies kann einmal damit begründet werden, dass das Bundesrecht in OR 706 keinen zwingenden Gerichts-

---

169 Vgl.: Ottomann 35 ff.
170 ZGB 56.
171 Bern ZPO 20; Zürich ZPO 2; Luzern ZPO 37; vgl. Ausnahme: Basel-Land ZPO 15.
172 Vgl.: Funk OR 626 N3; Guldener ZPR I 68; Peyer 45; Schluep 293; Schucany OR 626 N3; Stebler 146; 30 I 296; 53 I 124 ff; SJZ 39 (1942/43) 231 f.
173 OR 626 Ziff. 1.
174 OR 640 III Ziff. 1.
175 Ottomann 36; Schucany OR 626 N 23; F.v.Steiger 45; 53 I 130.
176 ZGB 56.
177 Ottomann 36; Schucany OR 626 N4; F.v.Steiger 212; 56 I 375; SJZ 39 (1942/43) 231.
178 Egger ZGB 56 N3; Guhl 575; Guldener ZPR I 73; Schluep 293; Peyer 45/46; Siegwart OR 626 N 21; 76 I 159; 56 I 374; 45 I 300.
179 Ottomann 40.

stand bezeichnet, zum andern dadurch, dass bei der Beurteilung der Anfechtungsklage durch ein Schiedsgericht der Gerichtsstand auch nicht am Ort der Gesellschaft zu sein braucht. [180]

5.1.1 Gerichtsstand bei Sitzverlegung

Ein Sitzverlegungsbeschluss wird erst mit dem Handelsregistereintrag gegenüber den Aktionären und Organen wirksam. [181] Vor dessen Eintragung ist somit eine Anfechtungsklage beim Richter am alten Sitzort, nach dessen Eintragung bei demjenigen am neuen Sitzort einzureichen. [182]

Erfolgt nach einer bereits hängigen Anfechtungsklage eine Sitzverlegung, ändert die Zuständigkeit des Richters nicht mehr. [183]

5.1.2 Gerichtsstand bei Fusion

Nach OR 748 Ziff. 4 bleibt "für die Dauer der getrennten Vermögensverwaltung... der bisherige Gerichtsstand der Gesellschaft bestehen".

Für den Gerichtsstand zur Einreichung einer Anfechtungsklage bleibt für die übernommene AG ihr alter Sitz massgebend. [184]

---

180 Ottomann 41; Peyer 56; Schluep 293.
181 84 II 40 ff; vgl.: Kapitel II, 6.1. Schluss.
182 Ottomann 41 f; Schucany OR 647 N 6.
183 Ottomann 41; Guldener 243 f, "Grundsatz der perpetuatio fori".
184 97 II 188 unten.

5.1.3 Gerichtsstand der Zweigniederlassung ist ohne Bedeutung für die Anfechtungsklage

Der Gerichtsstand einer Zweigniederlassung gilt nur für Klagen aus dem Geschäftsbetrieb. [185] Deshalb hat er für die Anfechtungsklage keine Bedeutung.

5.2 Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte wird durch die kantonalen Zivilprozessrechte bestimmt.

5.2.1 Schiedsgericht

Die Beurteilung einer Anfechtungsklage kann unter bestimmten Bedingungen auch einem Schiedsgericht übertragen werden. [186]

Die rechtliche Grundlage für das Schiedsgericht und das schiedsgerichtliche Verfahren, bildet das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit

185 OR 642 III.

186 Vgl. Bertsch 169 f; Bürgi OR 706 N 66; Forstmoser 165 N24; Funk OR 706 N1 S. 352; Okur 115 ff; Patry (annulation) 22 ff; Stauffer SJZ 43 (1947) 213 ff; F.v.Steiger SAG 16 (1943/44) 167 ff; F.v.Steiger 209; Steiner SAG 22 (1949/50) 138 ff u. SAG 16 (1943/44) 58 ff; siehe auch zit. Lit. in SJZ 56 (1960) 314; 71 II 176; Sem.jud. 82 (1960) 121 ff; ZBJV 79 (1943) 565 ff; ZBJV 101 (1965) 61 ff.

vom 27.3.1969. Für nicht beigetretene Kantone ist das kantonale Prozessrecht massgebend. [187]

5.2.1.1 Voraussetzungen, damit ein Schiedsgericht angerufen werden kann

Die Anfechtungsklage kann dann von einem Schiedsgericht beurteilt werden, wenn dies durch eine allgemeine Schiedsklausel in den Statuten oder durch einen Schiedsvertrag zwischen den Aktionären und der Gesellschaft so vorgesehen ist. [188]

Ist die Schiedsklausel nicht in den Urstatuten enthalten, kann sie nur durch einen einstimmigen Beschluss zum Statuteninhalt erhoben werden. Bloss ein Mehrheitsbeschluss ist nicht zulässig. [189]

Neue Aktionäre sind an die bestehende Schiedsklausel nur gebunden, wenn sie in bezug auf diese eine schriftliche Beitrittserklärung abgeben. [190]

Sollte eine Partei entgegen der Schiedsabrede [191] gleichwohl den ordentlichen Richter anrufen, kann die Gegenpartei durch Einrede verhindern,

---

187 Dem Konkordat beigetreten sind folgende Kantone: (Vgl.: Kummer ZPR 278 ff; Bratschi SJZ 72 (1976) 108; AS 1975, 604)
Bern (1973), Schwyz (1970), Nidwalden (1971), Solothurn (1971), Basel Stadt (1971), Basel Land (1973), Waadt (1971), Neuenburg (1971), Genf (1971), Freiburg (1972), Tessin (1972), Wallis (1972), Obwalden (1973), St. Gallen (1973), Graubünden (1975).

188 Kummer ZPR 280 f; Nobel 66 oben.

189 Patry (annulation) 21, 25; n.v.E. des Appellationshofs des Kantons Bern vom 4. Juli 1963, zit. Patry a.a.O. FN 3; Bertsch 170, mit der Begründung "... denn das Urteil wirkt für und gegen alle Gesellschafter".

190 Konk. 4 III, 6.

191 Schiedsabrede ist der Ueberbegriff von Schiedsklausel und Schiedsvertrag. Vgl.: Kummer ZPR 280 f.

dass die Anfechtungsklage durch ein staatliches Gericht beurteilt wird. [192]

Da die Schiedsabrede den kantonalen Prozessrechten unterstellt ist [193], gilt als weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit, dass ein Schiedsprozess nach kantonalem Prozessrecht erlaubt ist. [194]

Aus dem gleichen Grund kann eine bestrittene Gültigkeit einer Schiedsabrede auch nicht mit der Berufung an das BG abgeklärt werden. [195]

5.2.1.2 Begründung für die Zulässigkeit eines Schiedsgerichts zur Beurteilung einer Anfechtungsklage [196]

Die Zulässigkeit kann damit begründet werden, dass OR 706 keine ausdrückliche Verfahrensbestimmung für den Anfechtungsprozess enthält. Insbesondere ist mit dem Passus "Richter" in OR 706 I nicht gesagt, dass hierunter nur ein staatlicher Richter zu verstehen sei. [197]

Weiter stehen der Beurteilung der Anfechtungsklage durch ein Schiedsgericht keine wesentlichen Nachteile entgegen, die gar das Anfechtungsrecht illusorisch machen würden. [198]

Hingegen Art. 5 des Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27.3.1969 in Verbindung mit BGE 80 I 389 E 3, scheint die Zulassung

---

192 Guldener ZPR 580.
193 101 II 170 und dort ausführlich zit. Entscheide.
194 Vgl.: F.v.Steiger 209; 41 II 534 ff.
195 OG 43 I; 71 II 176 E 1.
196 Patry (annulation) 22 ff; Stauffer SJZ 43 (1947) 213 ff; F.v.Steiger SAG 16 (1943/44) 167 ff.
197 Sem.jud. 82 (1960) 124; ZBJV 79 (1943) 568/569. Vgl.: 69 II 119; 71 II 180.
198 Vgl.: unten 5.2.1.5 und 6; Stauffer SJZ 43 (1947) 213 ff.

der Schiedsgerichtsbarkeit für den Anfechtungsprozess zu verbieten. Hiernach können nur Streitigkeiten über solche Gegenstände einem Schiedsgericht unterworfen werden, die dem freien Verfügungsrecht der Parteien unterstehen und somit kein öffentliches Interesse berühren. In 80 I 389 E 4 entscheidet nun das BG, dass im Anfechtungsprozess der Streitgegenstand der freien Verfügung der Parteien entzogen sei und somit das öffentliche Interesse berühre.

Die Auffassung des BG ist stark zu kritisieren.

Auch wenn ein Urteil gegenüber allen Aktionären gilt, darf daraus nicht geschlossen werden, der Gegenstand sei der freien Verfügbarkeit des Klägers entzogen und stehe damit im öffentlichen Interesse. [199] Auch ein Mehrheitsbeschluss in einer GV gilt gegenüber jedem Aktionär und steht deshalb nicht im öffentlichen Interesse. Zudem steht es der Mehrheit jederzeit offen, durch einen neuen GVB den angefochtenen zu revidieren. [200] Der Gegenstand des anfechtbaren GVB bleibt jederzeit frei verfügbar.

Auch aus dem Nichtgenügen eines Vergleichs zur Aufhebung eines angefochtenen GVB [201] darf auf die nicht freie Verfügbarkeit über den Streitgegenstand geschlossen werden [202]; dies besagt lediglich, dass es für die Aufhebung des GVB zumindest eines Urteils bedarf. [203]

Selbst durch den Umstand, dass der Kläger zu Beginn des Anfechtungsprozesses einen Teil der Schiedsrichter bestimmt, werden dadurch die Rechte der am Prozess nicht beteiligten restlichen Minderheit nicht

---

199 Stauffer, SJZ 43 (1947) 217; ZBJV 79 (1943) 568 f; a.M.: Sem.jud. 82 (1960) 126 ff.
200 86 II 165 ff; vgl.: oben 2.1.3.
201 Vgl.: unten 7.3.
202 a.M.: Sem.jud. 82 (1960) 127.
203 Stauffer a.a.O. 216 f.

betroffen. [204] Wird nämlich die Klage abgelehnt, hat das Urteil nur für den Kläger eine Wirkung. Das Anfechtungsrecht eines anderen Aktionärs wird dadurch nicht betroffen. [205]

Im Anfechtungsinteresse stehen somit öffentliche Interessen irgendwelcher Art ausser Frage. Somit ist die Möglichkeit, einen Anfechtungsprozess vor ein Schiedsgericht zu bringen, gegeben. [206]

5.2.1.3 Voraussetzungen für die Gültigkeit des Schiedsgerichtsurteils bzw. Verfahrens

Das Schiedsgerichtsverfahren darf dem kantonalen Prozessrecht bzw. dem Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit nicht widersprechen. [207] Sie muss insbesondere grundlegenden Forderungen des Prozessverfahrens Genüge leisten, wie Gleichbehandlung, beidseitiges rechtliches Gehör, Zulassung zum Beweis, Bindung des Richters an die Parteianträge. [208] Zudem muss das Schiedsgericht eine unabhängige Rechtssprechung bieten. [209] So ist bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts darauf zu achten, dass keine Partei bevorzugt wird, noch dürfen die Schiedsrichter von der Verwaltung bestimmt werden. [210]

Ansonsten ist der Schiedsspruch ungültig und nicht vollstreckbar. [211]

---

204 a.M.: Sem.jud. 82 (1960) 127.
205 Vgl.: unten 7.4. Mithin ist auch die Einschränkung der Zulassung des Schiedsprozesses auf Fälle, in denen die gesamte Minderheit am Prozess beteiligt ist, unnötig. Vgl. so gefordert in Sem.jud. 82 (1960) 127 f und Patry (annulation) 27.
206 Stauffer a.a.O. 217; ZBJV 79 (1943) 568 f; SJZ 56 (1960) 315; Vgl.: für Auflösungsklage, ZBJV 101 (1965) 63; für Genossenschaft, 71 II 176 ff; für Kollektivgesellschaft, 69 II 118 ff.
207 Vgl.: F.v.Steiger 209; 41 II 534 ff.
208 Konk. 24 ff.
209 72 I 88; 76 I 92 mit Zitaten. Vgl.: Patry (annulation) 22 f; Ottomann 84 ff.
210 Vgl.: Steiner SAG 22 (1949/50) 138 ff; Funk OR 706 N1.
211 72 I 88; 76 I 92.

5.2.1.4 Schiedssprüche sind einem Urteil eines kantonalen Gerichts gleichgestellt

Schiedssprüche sind einem kantonalen Gerichtsurteil gleichgestellt. Nach BV 61 sind die anderen Kantone gehalten, den Schiedsspruch auch in ihrem Gebiet zu vollziehen. [212] Es spielt keine Rolle, ob ein Kanton dem Schiedsgerichtskonkordat beigetreten ist oder nicht. [213]

5.2.1.5 Vorteile der Beurteilung durch ein Schiedsgericht

Durch die Einreichung der Anfechtungsklage bei einem Schiedsgericht wird verhindert, dass der Streit an die Oeffentlichkeit gelangt.

Als weiterer Vorteil hat die rasche Erledigung des Streites zu gelten, kann doch ein ordentliches Verfahren lange Zeit in Anspruch nehmen und den ungünstigen Schwebezustand eines GVB längere Zeit belassen. [214]

Auch wird es mit der Wahl des Schiedsgerichtes möglich, die Beurteilung der Anfechtungsklage Personen zu übertragen, die mit der Materie besonders vertraut sind. [215] Zudem können die Parteien in der Schiedsabrede das Schiedsgericht ermächtigen, nicht nach den Regeln des anwendbaren Rechts, sondern "nach Billigkeit zu urteilen". [216] Dies hat den Vorteil, dass das Schiedsgericht das Verfahren frei bestimmen kann und somit, ohne Bindung an die Normen des materiellen Rechts und ohne den nichtzwingenden Verfahrensregeln unterworfen zu sein, urteilen kann. [217]

---

212 Steiner SAG 22 (1949/50) 139; 72 I 88.
213 Bratschi SJZ 72 (1976) 101.
214 Bertsch 170; a.M.: Steiner SAG 22 (1949/50) 140.
215 Steiner a.a.O. 139.
216 Konk. 31 III; Okur 119; Patry (annulation) 27.
217 Bratschi SJZ 72 (1976) 106 u. 108. Vgl.: Kummer ZPR 283 unten.

5.2.1.6 Nachteile der Beurteilung durch ein Schiedsgericht

Schiedsverfahren können wegen der Entlöhnung der Schiedsrichter teurer zu stehen kommen, als ordentliche Verfahren. [218]

Eine Schiedsabrede bedeutet auch einen teilweisen Verzicht auf Rechtsmittel. [219] Unterläuft dem Schiedsrichter bei der Beurteilung der Anfechtungsklage ein materieller Fehler, wird er kaum wieder gut zu machen sein, bleibt doch das Schiedsgericht die einzige Instanz, die zur materiellen Beurteilung zugelassen wird. [220]

Jedoch unterliegt das Schiedsurteil der Nichtigkeitsbeschwerde [221] und der Revision. [222] Im Kanton Bern ist zu deren Beurteilung der Appellationshof zuständig. [223] Zudem kann bei einer allfälligen Rechtsverzögerung beim Appellationshof gegen die Schiedsrichter Beschwerde geführt werden. [224]

Zu beachten ist, dass eine einstweilige Verfügung nicht von einem Schiedsgericht erlassen werden kann. Dies ist ausschliesslich Sache des staatlichen Richters. [225]

Das gleiche gilt, wenn Zeugen oder Sachverständige nicht freiwillig erscheinen oder eine Urkundenherausgabe verweigert wird. Hier muss der Schiedsrichter Rechtshilfe beim staatlichen Richter holen. [226]

---

218 Bratschi SJZ 72 (1976) 101. Vgl.: Kummer ZPR 280.
219 Kummer ZPR 280.
220 Steiner SAG 22 (1949/50) 139; vgl.: 67 II 148; 41 II 538.
221 Konk. 9 u. 36 ff. Vgl.: so gemacht in SAG 41 (1969) 106.
222 Konk. 41 ff.
223 Bern ZPO 380 II.
224 Konk. 17, Bern ZPO 380 II.
225 Konk. 26, Jedoch können sich die Parteien freiwillig der vom Schiedsgericht vorgeschlagenen vorsorglichen Massnahme unterziehen. (Konk. 26 II); ZR 47 (1948) 10.
226 Konk. 27 II.

6. FRIST

6.1 Rechtsnatur der Frist

Die Anfechtungsfrist ist eine Verwirkungsfrist.[227] Die Nichteinhaltung der Frist muss deshalb von Amtes wegen berücksichtigt werden.[228] Eine Unterbrechung, wie eine richterliche Erstreckung der Frist ist wegen ihrer Rechtsnatur nicht möglich.[229]

6.2 Innehaltung der Frist

Die Frist gilt dann als eingehalten, wenn der Kläger innerhalb zweier Monate von der GV an[230], mit einer prozesseinleitenden oder vorbereitenden Handlung, "in bestimmter Form für den von ihm erhobenen Anspruch, den Schutz des Richters anruft".[231]

Welche Handlung hier genügt, bestimmt sich nach kantonalem Prozessrecht; dies kann sein[232]:

---

227 Steiner SAG 30 (1957/58) 66 f; 86 II 87 f; ZR 70 (1971) 86 f; ZR 76 (1977) 36 ff. Vgl. für den Verein: 85 II 537 f; 70 II 66. Siehe auch für Unterschied Verjährungs- und Verwirkungsfrist: v. Büren SAG 45 (1949) 369 ff.

228 Für ZGB 308 vgl.: 61 II 151; 76 II 241.

229 Steiner SAG 30 (1957/58) 66 f; 86 II 87 ff; ZR 76 (1977) 36 ff; ZR 70 (1971) 86.

230 Bürgi OR 706 N 67; SAG 41 (1969) 214; vgl.: Gerwig 288/289; Jagmetti 32; Plangg 58; anders jedoch ZGB 75. Für die Fristberechnung nicht massgebend ist die Kenntnisnahme vom Beschluss (Funk OR 706 N 3 S. 354; Okur 113). Die Kenntnisnahme des Beschlusses spielt erst dann eine Rolle, wenn die Gesellschaft die Kenntnisnahme verunmöglicht hat. Die Frist beginnt hier erst, wenn der Kläger vom Beschluss Kenntnis erhielt (vgl. unten).

231 74 II 15/16.

232 Bürgi OR 706 N 67.

- die Einreichung der Klage
- die Anhängigmachung der Klage beim Friedensrichter
- die Stellung eines Gesuchs oder die Ladung zum Aussöhnungsversuch.

Die Anrufung des Sühnebeamten genügt nur zur Wahrung der Frist, wenn das Sühnebegehren nach kantonalem Recht obligatorisch ist und wenn gemäss kantonalem Recht die Streitsache mangels Aussöhnung an das Gericht von Amtes wegen weiterzuleiten ist oder wenn der Kläger den Streit innert bestimmter Frist vor den urteilenden Richter zu bringen hat.[233] Enthalten die Statuten eine Schiedsklausel, so gilt die Frist dann als eingehalten, wenn der Kläger, innerhalb der zwei Monate die Klage beim Obmann oder Sekretär des Schiedsgerichts einreicht[234], oder sofern das Schiedsgericht noch nicht konstituiert ist, die ersten Schritte[235] zu deren Bildung unternimmt.[236] Die Einreichung der Klage beim ordentlichen Richter ist ohne Wirkung für die Fristeinhaltung.[237]

Zur Berechnung der Frist ist OR 77 I Ziff. 3 analog anwendbar.[238] Die Frist läuft am Tag des zweiten Monats ab, der die gleiche Zahl trägt, wie der Tag der GV. Fehlt der Tag im zweiten Monat, so gilt der letzte Tag dieses Monats. Fällt der letzte Tag auf einen Samstag[239], einen Sonntag oder einen am Klageort staatlich anerkannten Feiertag, ist der nachfolgende Werktag für die Einhaltung der Frist massgebend.[240]

---

233 81 II 538 E 1; 74 II 15 ff; ZR 50 (1951) 280 ff; vgl. a.P.: 63 II 170 ff; 68 III 90.
234 43 I 56 f; ZBJV 79 (1943) 569; F.v.Steiger 210.
235 Steiner SAG 16 (1943/44) 59: "z.B. selbst seinen Schiedsrichter bezeichnet, der Gegenpartei einen Vorschlag für die Bestellung des Schiedsgerichts unterbreitet oder die nach dem Schiedsvertrag zur Ernennung der Schiedsrichter zuständige Behörde anruft. Vgl.: SJZ 51 (1955) 300; SJZ 58 (1962) 307 f.
236 56 III 236 f; Sem.jud. 82 (1960) 124; vgl.: SJZ 51 (1955) 300.
237 SJZ 51 (1955) 300.
238 BJM 1966 S.189.
239 Vgl.: BG vom 21. Juni 1963 über den Fristenlauf an Samstagen, Art. 1.
240 OR 78.

Die Postaufgabe bei einer schweizerischen Poststelle vor Ablauf der Frist genügt. [241]

Sollte die Gesellschaft die Innehaltung der Frist in rechtswidriger Weise verhindern, so gilt diese, bis die Behinderung wegfällt, als unterbrochen. [242]

Ist die Klage beim unzuständigen Gericht eingegangen, so kommt, obschon es sich um eine Verwirkungsfrist handelt, OR 139 zur Anwendung und eine Frist von sechszig Tagen beginnt zu laufen. [243]

Auch eine nichtgehörig anhängig gemachte Anfechtungsklage, sofern sie nicht infolge mangelnder Sorgfalt so eingereicht wurde [244], vermag die Einhaltung der Frist zu bewirken. Denn es kommt nicht darauf an, ob die betreffende Handlung des Klägers die Rechtshängigkeit begründet oder nicht, sondern, dass die Klageschrift eingereicht wurde. [245]

---

241 ZR 76 (1977) 36 f; SJZ 65 (1969) 293. a.M.: F.v.Steiger 210.

242 Funk OR 706 N3 S. 354; vgl.: Janggen/Becker OR 808 N 22.

243 61 II 148. Zu beachten ist jedoch, dass dieses Urteil, eine krasse Aenderung der BG-Praxis, einen Vaterschaftsprozess betraf. Die Anwendung auf die Verwirkungsfrist bei der Anfechtungsklage erscheint deshalb fraglich (Steiner SAG 24 (1951/52) 96. Vgl.: 89 II 304 ff; a.M.: 51 II 239 f.

244 Z.B. wenn die Klageschrift nicht unterzeichnet oder die Weisung nicht eingereicht wurde. Hier besteht kein Anspruch auf das Ansetzen einer Nachfrist (SJZ 65 (1969) 293; ZR 76 (1977) 38).

245 Vgl.: Guldener 242, unter Verweis auf 74 II 15, 82 II 590. a.M.: Bürgi OR 706 N 67.

6.3 Wirkung des Fristablaufs

Nach Ablauf der Frist ohne Anhebung einer Anfechtungsklage ist der GVB ohne Vorbehalt voll gültig und das Anfechtungsrecht verwirkt.[246] Eine Klage nach Ablauf der Frist kann auch bei noch so guten Gründen nicht zugelassen werden.[247]

Innerhalb von zwei Monaten müssen auch alle Anfechtungsgründe vorgebracht worden sein. Der Klageberechtigte muss sich fortan auf die in der fristgerecht eingereichten Anfechtungsklage genannten Anfechtungsgründe beschränken.[248]

Hat ein Aktionär die Frist verpasst, ist aber durch einen anderen Aktionär oder die Verwaltung ein Anfechtungsprozess rechtshängig gemacht worden, hat er die Möglichkeit, sich mit der Nebenintervention gleichwohl noch am Prozessgeschehen zu beteiligen.[249] Die Nebenintervention kann auch noch nach dem Ablauf der Frist ausgeübt werden, da als Voraussetzung zum Beitritt als Nebenintervenient kein selbständiges Anfechtungsrecht nötig ist.[250]

---

246 86 II 87; vgl.: n.v. BGE 11.6.1963, in: ZR (1963) 280 ff. bes. 297: Ein Fehler in einer früheren Rechnung kann nicht mehr angefochten werden, wenn dies damals unterlassen wurde; selbst dann nicht, wenn sich der Fehler auf die jetzige, noch anfechtbare Rechnung übertragen hat.

247 Vgl.: Gamma 117.

248 86 II 87.

249 Vgl.: oben 3.2.1.

250 Ensslin 168; Kummer ZPR 159.

7. URTEIL

7.1 Rechtsnatur des Urteils

Das Urteil auf eine Anfechtungsklage ist ein Gestaltungsurteil. Das Urteil gestaltet die Rechtslage um und braucht deshalb nicht vollstreckt zu werden.

Mit dem Urteilsspruch ist der Inhalt des Rechtsbegehrens konstitutiv, und somit Rechtswirklichkeit geworden. [251]

7.2 Beschränktes richterliches Eingriffsrecht

Der Richter hat sich in der Regel auf die Aufhebung eines GVB zu beschränken. Seinem Eingriffsrecht sind somit enge Grenzen gesetzt:

7.2.1 Positive Gestaltungs- oder Leistungsurteile als Ausnahme

Der Richter kann kein, mit dem Aufhebungsurteil kombiniertes positives Leistungs- oder Gestaltungsurteil fällen, ausser wenn es für deren Konkretisierung keines neuen GVB bedarf [252], bzw. sich das Urteil auf klare statutarische oder gesetzliche Regelungen zu stützen vermag. [253]

---

251 Vgl.: Kummer ZPR 104.

252 Vgl.: 53 II 266; 75 II 154; 84 II 550 ff, wo Entschädigung der Verwaltung durch das Vorjahr bestimmt war; 86 II 78ff, bes. 86;

253 Forstmoser 165 N 26; Okur 130; Schluep 297, SJZ 54 (1958) 213f; Schucany OR 706 N 2C; SAG 44 (1972) 91; ZR 39 (1940) 76.
a.M.: Koechlin 87; Wieland HR II 109; Weiss SJZ 39 (1942/43) 537.

So darf z.B. der Richter einem Bilanzberichtigungsbegehren nur stattgeben, "wenn im konkreten Fall nach der Aufhebung des GVB sämtliche Grundlagen für einen Entscheid bereits gegeben, z.B. in den Statuten bestimmte, eindeutige Bewertungsgrundsätze und feste Abschreibungsquoten vorgeschrieben wären". [254]

Auch kann der Richter nicht bestimmen, wie ein Reingewinn zu verteilen ist, und eine Dividende nur festsetzen, bzw. die Gesellschaft zur Zahlung verurteilen, wenn die Statuten die Verteilung und das Mass genau bestimmen. [255] Weder die Höhe einer Tantieme darf durch den Richter selbst bestimmt [256], noch die Wahl einer Minderheitsvertretung in den VR vorgenommen werden [257], trotz einer allfälligen Anerkennung eines solchen Anspruchs.

Begründen lässt sich diese richterliche Beschränkung durch die grundsätzliche Anerkennung der GV als Organ der gesellschaftlichen Willensbildung, und der absoluten Geltung des Mehrheitsprinzips, bzw. der Privatautonomie. Die Anfechtungsklage soll offensichtlich als Ausnahme gelten, insbesondere soll nach der richterlichen Intervention grundsätzlich wieder der Mehrheitswille das Geschick der Gesellschaft bestimmen. [258]

In der Praxis fehlen jedoch meistens die genauen Konkretisierungen, so dass sich der Kläger oft mit der Aufhebung des Beschlusses begnügen muss. [259]

---

254 ZR 39 (1940) 77; vgl.: n.v.BGE vom 11.Juni 1963, in: ZR 62 (1963) 280 ff.
255 Vgl.: 29 II 468 f; 53 II 266; 54 II 28.
256 86 II 163.
257 66 II 50.
258 Vgl.: Schluep SJZ 54 (1958) 213.
259 Schluep 299.

7.2.2 GV verweigert neue Beschlussfassung

Mit der Aufhebung eines GVB durch den Richter ist meist der Streitgegenstand zwischen Minderheit und Mehrheit beseitigt. Doch gibt es Beschlüsse ohne die eine Gesellschaft nicht auskommen kann und die von der GV gefällt werden müssen. [260]

Wird eine Ersatzvornahme eines solchen Beschlusses nicht oder gar der aufgehobene Beschluss mit dem gleichen Inhalt wieder vorgenommen, stellt sich die Frage der Rechtsbehelfsmöglichkeit.

Die Literatur spricht sich, im Falle dass ein GVB nach Gesetz oder Statuten gefasst werden müsste, für die Möglichkeit aus, dass der Richter die GV durch einen richterlichen Befehl zur Fassung eines Beschlusses verurteilen kann. [261] Sollte diese Massnahme erfolglos sein, könne der Richter gar den Willen der GV durch den seinigen ersetzen, indem er z. B. die Bilanz selbst genehmigt und die Dividende festsetzt. [262]

Die Rechtssprechung hingegen scheint diese Möglichkeit nicht zuzulassen. [263] Verweigert sich der Richter schon die Ueberprüfung des Ermessens eines GVB und gar ein positives Gestaltungs- oder Leistungsurteil, müsste ihm sicher auch die vollständige Umgehung und die Ersetzung der gesellschaftlichen Willensbildung versagt bleiben. [264] Eine

---

260 Vgl.: OR 698 Ziff. 2,3.

261 Bürgi 660/61 N33; Bergier 233 ff; Ensslin 37 ff; Jagmetti 40; Schluep 269, 299; Weiss SJZ 39 (1942/43) 537.

262 Wie FN 261, ohne Bürgi.

263 Vgl. hingegen: Eine Verurteilung der Gesellschaft zur Eintragung des Aktionärs ins Aktienbuch ist möglich (76 II 67).

264 66 II 47 ff bes. 54, scheint diese Ansicht zu bestätigen: Die Beklagte wird nur verpflichtet, binnen dreier Monaten eine ausserordentliche GV einzuberufen. Eine Verpflichtung zur Wiederholung bzw. Neufassung des Beschlusses nach deren Aufhebung scheint ausgeschlossen, ansonsten hätte das Urteil diese sicher enthalten. Vgl.: Ensslin 37.

diesbezügliche Befugnis würde zudem mit dem grundsätzlich auf freier Willensbildung aufgebauten Zivilrecht im Widerspruch stehen. [265]

Auch der Einwand, mit der Nichtanerkennung eines solchen richterlichen Eingriffsrechts würde das Anfechtungsrecht illusorisch, kann nicht gehört werden; ist doch für einen solchen Tatbestand wohl der subsidiäre Rechtsbehelf der Klage auf Auflösung vorgesehen.

Zudem müsste bei der Anerkennung der Möglichkeit, den Willen der GV durch den richterlichen zu ersetzen, eine solche Befugnis vom Gesetzgeber ausdrücklich genannt sein [266], wie dies für die zwei, der Struktur des Aktienrechts widersprechenden Rechtsbehelfe, OR 706 und OR 736 Ziff. 4, geschehen ist. [267]

7.3 Wirkung der gutgeheissenen Klage

Mit dem Aufhebungsurteil wird der GVB aufgehoben und als definitiv ungültig erklärt [268]; und zwar ex tunc. [269] Der GVB wird aufgehoben, als ob dieser nie eine Wirkung erhalten hätte.

Mit dem Urteil wird eine neue Rechtslage konstituiert. [270] Auch eine Teilaufhebung eines Beschlusses ist möglich. [271] Zu beachten ist, dass ein GVB nur durch ein Urteil und nicht durch einen Vergleich aufgehoben werden kann. [272]

---

265 Funk OR 706 S. 352 unten; vgl.: Okur 134.
266 Vgl.: 66 II 50/51.
267 Vgl.: Okur 134 ff.
268 Schucany OR 706 N1.
269 Beer 36; Feldmann 115, 117; Funk OR 706 S. 352 N4; Peyer 112; Plangg 58/59; Stebler 135; Wieland HR II 109.
270 Vgl.: Kummer ZPR 104.
271 Ensslin 36; Okur 132; vgl.: 84 II 555; 86 II 78; BJM 1965 S. 88; SAG 38 (1966) 255.
272 Ensslin 44; 80 I 389 f; Sem. jud. 82 (1960) 125; a.M.: Guhl 625 unten.

7.3.1 Wirkung des Urteils für die Verwaltung

Das Urteil wirkt für die Verwaltung als Gebot zur Unterlassung der Ausführung des GVB. [273]

Werden die Beschlüsse gleichwohl ausgeführt, dann macht sich die Verwaltung verantwortlich. [274] Eine, aufgrund eines aufgehobenen GVB gutgläubig bezogene Tantieme, braucht nicht mehr zurückerstattet zu werden. [275]

7.3.2 Wirkung des Urteils für die Aktionäre

Das Urteil wirkt für und gegen alle Aktionäre. [276] Bereits erfolgte Ausführungen des GVB sind rückgängig zu machen. [277] Werden jedoch vom Beschluss sogenannte Gläubigerrechte des Aktionärs betroffen, sind diese nicht mehr rückgängig zu machen. Ferner sind vom gutgläubigen Aktionär bereits empfangene Dividenden und Bauzinsen nicht mehr zurückforderbar. [278] Der Gesellschaft bleibt hingegen der Gegenbeweis für seine Bösgläubigkeit offen. [279] Sind somit die vom aufgehobenen GVB betroffenen Rechte vertraglicher Natur, nimmt der Aktionär gegenüber der Gesellschaft die Stellung eines Dritten ein.

---

273 Plangg 59; vgl.: Feldmann 117.
274 Vgl.: Kapitel V, 1.3.
275 Vgl.: Bürgi 678 N 26.
276 OR 706 V.
277 Vgl.: Feldmann 118.
278 F.v.Steiger 217; vgl.: Bürgi 678 N22 ff; Okur 137 ohne FN aber verblüffend ähnlich mit F.v.Steiger.
279 F.v.Steiger 217.

7.3.3 Wirkung des Urteils für Dritte

Durch das Urteil werden Rechte gutgläubiger Dritter nicht berührt, wenn sie diese durch Rechtshandlungen mit einer Verwaltung, die auf den später aufgehobenen Beschluss vertraute, entstanden sind. [280] Sind diese Rechte jedoch mittelbar durch den GVB entstanden, fallen diese mit dem Urteil dahin, ansonsten würde die Anfechtungsklage in einer Mehrzahl von Fällen ihre praktische Bedeutung verlieren. [281]

7.3.4 Wirkung des Urteils für den Handelsregisterführer

Da der Beschluss rückwirkend für jedermann ungültig wird, ist das Urteil auch vom Handelsregisterführer zu beachten. [282] Eine bereits vollzogene Eintragung ist sofort zu löschen. [283]

Ob auch bereits eingetragene Fusionsbeschlüsse wieder rückgängig gemacht werden können, ist kontrovers. [284]

7.4 Wirkung der Abweisung der Klage

Die Klageabweisung ist für die an der Klage nicht beteiligten Aktionäre ohne Wirkung. Sie ist lediglich für die Prozessparteien verbindlich. [285] Die

---

280 Schluep 296/297; vgl.: Peyer 112; Frommer ZSR 58 (1939) I 242; F.v.Steiger 217; Wieland HR II 109.
281 Schluep 297.
282 Bürgi OR 706 N71.
283 Okur 137; F.v.Steiger 217.
284 Vgl.: oben 2.4.
285 Feldmann 119; Frei 114; Funk OR 706 N4 S. 354; Jagmetti 40/41; Janggen/Becker OR 808 N27; Koechlin 87; Okur 137; Schluep 296; Schucany OR 706 N6; Weiss SJZ 39 (1942/43) 538; Wieland HR II 108; Stebler 142; a.M.: Beer 36; F.v.Steiger 216.

fehlerhafte Prozessführung eines Aktionärs hat für die anderen Aktionäre also keine Konsequenzen. Die abgewiesene Klage könnte theoretisch noch einmal erhoben werden. [286] Dieser Fall wird jedoch in der Praxis wegen der kurzen Klagefrist kaum von Bedeutung sein. [287]

8. STREITWERTBERECHNUNG

Nach ständiger Rechtssprechung des BG ist für die Streitwertberechnung nicht das spezielle Interesse des Klägers an der Gutheissung seines Klagebegehrens, sondern das Gesamtinteresse der beklagten Gesellschaft massgebend. [288] Dies wird damit begründet, dass die Aufhebung des GVB gegen alle Aktionäre wirksam ist. [289]

Die Höhe des Streitwertes ist massgebend für die von den Parteien erhobenen Gebühren für die Inanspruchnahme der Gerichte, sowie für die Entlöhnung der Anwälte. [290]

In der Regel trägt die unterliegende Partei die Prozesskosten. [291] Ist nun die Verwaltung der unterliegende Kläger, im Anfechtungsprozess, so hat die Gesellschaft die Kosten zu tragen. [292] Die Mitglieder der

---

286 Frei 114; Koechlin 87; Schluep 296; Weiss SJZ 39 (1942/43) 538.
287 Dieser Abschnitt ist aber von Bedeutung für die Argumentation, dass der Gegenstand des Anfechtungsprozesses der freien Verfügbarkeit der Prozessparteien untersteht und damit die Klageerhebung vor einem Schiedsgericht zulässig ist. (Vgl.: oben 5.2.1.2)
288 75 II 152; 66 II 48; 54 II 23; 51 II 68; 47 II 435; ZR 50 (1951) 1 ff.
289 66 II 48.
290 Guldener I 312/313; Kummer ZPR 110, vgl. auch 247.
291 Guldener I 312; Kummer ZPR 247.
292 Plangg 57; Schucany 706 N4; Steiner SJZ 34 (1937/38) 36.

Verwaltung als selbständige Kläger[293] tragen im Falle eines Unterliegens die Prozesskosten, wie die Aktionäre, selbst.

293 Dies ist nur in ihrer ev. gleichzeitigen Eigenschaft als Aktionäre möglich (vgl.: oben 4.2).

Kapitel V ANDERE RECHTSBEHELFE

1. KLAGE AUF SCHADENERSATZ

1.1 Klage auf Schadenersatz der Minderheit gegen die Mehrheit

Erfährt der Kläger trotz eines erfolgreich durchgeführten Anfechtungsprozesses einen Schaden, hat er gegenüber der Mehrheit, die durch die Stimmabgabe den Schaden verursacht hat, aufgrund von OR 41 ff[1], einen Schadenersatzanspruch.[2]

Zu beachten ist, dass das Vorliegen eines Anfechtungstatbestandes[3] als Voraussetzung zu gelten hat, da der Mehrheitsaktionär keine Interessenwahrungspflicht einzuhalten hat, die über den vom Gesetz und Statuten verlangten Rahmen hinaus geht.[4] Die schadenersatzpflichtigen Aktionäre haften nach OR 50 solidarisch.

Die Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs bietet erhebliche praktische Schwierigkeiten. So hat der geschädigte Minderheitsaktionär neben der , ev. schon durch einen Anfechtungsprozess festgestellten Widerrechtlichkeit, der Mehrheit ein Verschulden sowie die Kausalität

---

1 Eventuell könnte die vertragliche Haftung für die Haftbarmachung der Mehrheit herangezogen werden, indem der Verwaltungsbegriff auch auf die Mehrheit der Gesellschaft ausgedehnt würde, beeinflusst doch diese die Geschäftsführung in weitgehendem Masse (vgl.: Hirsch (Bürgi) 183; Nenninger 116).

2 Bergier 245 f; Bertsch 37, 186; Fromer ZSR 58 (1939) 242 f; Oesch 194; Schluep 348; Siegwart (Einl.) N 231; W.v.Steiger (Gutzwiller) 703 ff; Weiss (Einl.) N 210, SJZ 39 (1942/43) 538; Wieland HR II 249.

3 Nicht aber eine erfolgreiche Anfechtungsklage, vgl. unten 1.1.1.

4 Vgl.: Treuepflicht Kapitel III,1.4.2.

zwischen dem fehlerhaften GVB und dem eingetretenen Schaden zu beweisen. Hiermit müsste zumindest aus den Protokollen ersichtlich sein, wer dem Beschluss zugestimmt hat. [5] Dem Leser wird ersichtlich, dass diesem Rechtsbehelf durch den Beweisnotstand des Klägers die praktische Bedeutung genommen. [6]

Nicht schadenersatzpflichtig sind hingegen die Aktionäre, die sich der Stimme enthalten haben. Jedoch muss ihnen ein Recht auf Schadenersatz gegen die Mehrheit abgesprochen werden, weil sie mit ihrer Stimme nicht versucht haben, den rechtswidrigen Beschluss zu verhindern. Aktionäre die ihre Stimme irrtümlich abgegeben haben, sind mit der Mehrheit ebenfalls schadenersatzpflichtig. Es bleibt ihnen jedoch der Exkulpationsbeweis. [7]

Auch eine Schadenersatzklage der Gesellschaft bzw. der Verwaltung gegen die Mehrheit wäre möglich. Jedoch wird die von der Mehrheit getragene Verwaltung kaum eine solche anstrengen. [8]

1.1.1 Verhältnis der Schadenersatzklage der Minderheit gegen die Mehrheit zur Anfechtungsklage

Die Schadenersatzklage steht nicht in einem subsidiären Verhältnis zur Anfechtungsklage. [9] Der Minderheitsaktionär kann auch eine Schadenersatzklage anheben wenn er den GVB nicht angefochten hat, denn eine

---

5 Schluep 349.
6 Schluep 349.
7 ganzer Abschnitt Schluep 349.
8 Oesch 194; vgl.: Schluep 348.
9 a.M.: Fromer ZSR 58 (1939) 242/243.

Anfechtungspflicht für ihn besteht nicht, noch kann sie ihm in Anbetracht des erheblichen Prozessrisikos[10] zugemutet werden.[11]

1.2 Keine Klage auf Schadenersatz der Minderheit gegen die Gesellschaft[12]

Denkbar wäre auch eine Schadenersatzpflicht der Gesellschaft gegenüber den geschädigten Minderheitsaktionären. Diese würde sich, jedoch nicht ohne rechtstheoretische Bedenken[13], mit ZGB 55 II in Verbindung mit OR 41 begründen lassen. Dieser Rechtsbehelf vermag jedoch, auch wegen seiner praktischen Wirkung, nicht zu befriedigen.

Vergütet die Gesellschaft den Minderheitsaktionären einen direkt erlittenen Schaden, sind diese durch die Zahlung, die eine Abnahme des Gesellschaftsvermögens bewirkt, wiederum mitbetroffen.

Würde die Gesellschaft den Minderheitsaktionären einen Schaden der Gesellschaft selbst ersetzen, würde dies den ursprünglich zugeführten Schaden der Gesellschaft noch vergrössern und die Minderheit dadurch noch weitergehender schädigen.[14]

---

10 Vgl. Kapitel VI, 1.1.
11 Vgl. a.M.: Meier-Wehrli 141; Felber 69 lit.a; g.M.: Mohr 52.
12 Ganzer Abschnitt: Schluep 347 f; vgl.: Jagmetti 118 ff.
13 Vgl.: Schluep 89 FN 26.
14 Vgl.: Kompensationsvorschlag von Bergier 249, der jedoch zu einer starken Verminderung des verfügbaren Kapitals der Gesellschaft führen würde und deshalb abzulehnen ist.

1.3 Klage auf Schadenersatz der Mehrheit gegen die Minderheit wegen Missbrauchs des Anfechtungsrechts

Macht die Minderheit von ihrem Anfechtungsrecht leichtfertig oder arglistig[15] Gebrauch, kann sie durch die Gesellschaft gemäss OR 41 verantwortlich gemacht werden.[16] Zu beachten ist jedoch, dass der Kläger durch die Ablehnung der Anfechtungsklage noch keinesfalls schadenersatzpflichtig wird. Mit dem ablehnenden Urteil ist lediglich gesagt, dass der GVB weder gesetzes- noch statutenwidrig ist. Vielmehr bedarf es eines Nachweises einer durch den Kläger begangenen Widerrechtlichkeit.[17] Eine vertragliche Schadenersatzklage der Gesellschaft gegen die Minderheit bleibt ausgeschlossen.[18]

1.4 Klage auf Schadenersatz gegen die Verwaltung[19]

Führt die Verwaltung einen gegen das Gesetz oder die Statuten verstossenden GVB aus, den sie ohne weiteres oder bei Anwendung gebührender Sorgfalt[20] als solchen hätte erkennen sollen, wird sie aufgrund von OR 754 schadenersatzpflichtig.[21]

---

15 Z.B. wenn sie die Anfechtungsklage nur aus Spekulationsgründen bzw. zur Bewirkung eines Kurszerfalls anheben würde.

16 Funk OR 706 S. 351; Janggen/Becker OR 808 N20; F.v.Steiger 217/218.

17 Schluep 204.

18 Goldschmidt 37.

19 Siehe auch: Forstmoser VAK; Meier-Wehrli; Zellweger, H.-S.: Haftungsbeschränkung und Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht der AG, Diss. Bern 1972.

20 Besonders strenge Anforderungen werden an die in OR 722 I genannte Sorgfalt gestellt. Eine Sorgfalt, wie man sie in eigenen Angelegenheiten zu beachten pflegt, reicht hier nicht aus (99 II 179; vgl.: Forstmoser 187 N20).

21 Plangg 51, 55, er spricht gar von einer Anfechtungspflicht der Verwaltung, die er aus vertragsrechtlichen und körperschaftsrechtlichen Gesichtspunkten herleitet (vgl.: 34 ff); Schluep 296; vgl.: Bürgi OR 721 N13, OR 706 N71; Wohlmann 113.

Dies gilt sowohl für angefochtene Beschlüsse, die vom Richter aufgehoben wurden[22], als auch für anfechtbare Beschlüsse, die von den Aktionären unangefochten blieben und durch Fristablauf definitiv gültig wurden.[23]

Prozessual ist zu beachten, dass es nicht zulässig ist, eine Feststellungsklage zwecks Vorbereitung einer Verantwortlichkeitsklage anzuheben; dies selbst dann nicht, wenn der Kläger weder jemandem ein bestimmtes Verschulden zur Last legen kann, noch einen Schaden nachzuweisen vermag und damit vorerst nur einmal die Umstände abklären will. "Wo eine Leistungsklage zu Gebot steht, ist aber für die blosse Feststellungsklage kein Raum."[24]

Kontrovers ist, ob auch die Ausführung nichtiger GVB eine Schadenersatzpflicht der Verwaltung zu begründen vermag. Bürgi[25] spricht sich für eine volle Verantwortlichkeit aus, wobei Forstmoser[26] das Verhalten der Gesellschaft zumindest als ein die Ersatzpflicht herabminderndes Selbstverschulden gewertet wissen will.

---

22 Feldmann 117; Voraussetzung bleiben natürlich auch stets die anderen Tatbestandsmerkmale (schädigende Wirkung, Kausalität) damit eine Schadenersatzpflicht begründet wird (vgl.: Forstmoser 186 N 17 ff).

23 Bürgi OR 753 f N98 f; Forstmoser VAK 109 N416, jedoch anders 121 N467; vgl.: Kapitel IV, 2.1.2.

24 81 II 466; vgl.: 92 II 246 f.

25 Bürgi OR 753 f. N97.

26 Forstmoser VAK 109 N417.

1.4.1 Aktivlegitimation

1.4.1.1 Keine Aktivlegitimation der Gesellschaft

Die Gesellschaft kann die Verwaltung für Handlungen oder Unterlassungen, die ihre GV in Kenntnis der Verhältnisse gewollt hat, nicht verantwortlich machen. [27]

Dasselbe gilt, wenn alle Aktionäre [28] bzw. der Alleinaktionär [29] dem Handeln der Verwaltung zustimmten [30] oder ein anfechtbarer GVB unangefochten blieb und durch Fristablauf definitiv gültig wurde. [31]

Zu beachten ist hingegen, dass im Konkurs der Gesellschaft, obschon der Gesellschaft wegen erfolgter Zustimmung keine Ersatzansprüche mehr zustehen, die Konkursverwaltung noch gegen das fehlbare Verwaltungsratsmitglied vorgehen kann. [32]

1.4.1.2 Aktivlegitimation des Aktionärs

Der Aktionär ist gegenüber der Verwaltung, die einen anfechtbaren GVB ausgeführt hat, nur schadenersatzberechtigt, wenn er dem betreffenden Beschluss [33] und einem allfälligen Dechargebeschluss nicht zugestimmt hat. [34] Den Beschluss braucht er aber selbst nicht angefochten zu haben,

---

27 83 II 57 ff; vgl.: Forstmoser VAK 109 f; Tappolet 25, 31.
28 Vgl.: ZR 52 (1953) 171.
29 Vgl.: BJM 1954 S. 253, wo das Einverständnis des Alleinaktionärs einem Entlastungsbeschluss gleichgestellt wird.
30 Forstmoser VAK 110 N418.
31 Forstmoser VAK 109 N416; vgl. anders Bürgi OR 753 f. N 98 f., der nur eine Minderung des Ersatzanspruches vorsieht.
32 Vgl.: 102 II 356; Forstmoser VAK 110 N 419, 422.
33 Tappolet 31; Forstmoser VAK 110 N420; Bürgi OR 753 f. N84.
34 Vgl.: OR 757. Eine Ausnahme ist natürlich für das Vorliegen eines Willensmangels zuzulassen.

denn eine Anfechtungspflicht kann ihm in Anbetracht des erheblichen Prozessrisikos nicht zugemutet werden. [35]

Zu beachten ist, dass der Aktionär nur bei direktem Schaden auf Leistung an sich selber klagen kann. Bei indirektem Schaden richtet sich "der Anspruch nur auf Leistung des Ersatzes an die Gesellschaft". [36]

1.4.1.3 Aktivlegitimation der Gläubiger

Dem Gläubiger steht ein Klagerecht erst zu, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig wird bzw. in Konkurs gerät. [37] Jedoch steht der Anspruch auf Geltendmachung zunächst der Konkursverwaltung zu [38] und der Gläubiger [39] kann erst klagen, wenn diese auf ihren Anspruch verzichtet.

1.4.2 Beweislastverteilung

Die Beweislast für das Verschulden, als eine der vier Haftungsvoraussetzungen [40], wird je nach Rechtsnatur der Beziehung zwischen Kläger und Verwaltung verschieden verteilt. [41] Ist die Beziehung vertraglicher Natur, wird das Verschulden der Verwaltung vermutet [42], ist sie aber deliktischer Natur, liegt die Beweislast beim Kläger. Letzteres trifft zu für die Klage der Gläubiger und die Klage des Aktionärs bei direk-

---

35 a.M.: Meier-Wehrli 141; Felber 69 lit.a; gl.M.: Mohr 52.
36 OR 755.
37 OR 758.
38 Vgl.: 97 II 409.
39 Dasselbe gilt auch für Aktionäre wenn er indirekt geschädigt wurde (OR 756).
40 Die da sind: Schaden, Widerrechtlichkeit, Verschulden, Kausalität. Vgl.: Oftinger 47 f.
41 Vgl.: Forstmoser 186 N17 ff.
42 Vgl.: OR 97.

tem Schaden. [43] Hingegen ist die Rechtsnatur des Klagerechts des Aktionärs bei indirektem Schaden umstritten. [44]

1.4.3 Streitwertberechnung

Die Streitwertberechnung richtet sich nach dem eingeklagten Gesamtschaden. [45] Dies führt zu einer analogen Problematik in bezug auf das Prozessrisiko wie bei der Anfechtungsklage. [46]

1.4.4 Klagefrist [47]

Der Schadenersatzanspruch verjährt "von dem Tage an, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablauf von zehn Jahren, vom Tage der schädigenden Handlung an gerechnet." [48]

Hingegen verwirkt das Klagerecht des Aktionärs, wenn er innerhalb von sechs Monaten nach dem Dechargebeschluss nicht die Klage anhebt. [49]

1.4.5 Verhältnis der Schadenersatzklage gegen die Verwaltung zur Anfechtungsklage

Siehe Kapitel I, 4.2.2.

---

43 Forstmoser VAK 28 N25.
44 Forstmoser VAK 30 N36 f; vgl.: Bürgi OR 753 f. N53 ff.
45 Forstmoser VAK 114.
46 Vgl.: Forstmoser VAK 114; Kapitel VI,1.1.
47 Vgl.: Forstmoser VAK 383 ff.
48 OR 760 I u. OR 60 I.
49 OR 757.

2. VERKAUF DER AKTIE -- JEDOCH KEIN AUSTRITTSRECHT

In der Aktiengesellschaft ist es nicht möglich, seine Mitgliedschaft einfach aufzugeben.[50] Ein Austrittsrecht fehlt.[51]

Lediglich durch einen Verkauf der Aktie mit Uebertragung der Mitgliedschaftsrechte auf einen neuen Aktionär, ist es möglich, sich von der Gesellschaft zu lösen. Jedoch ist in vielen Fällen eine Veräusserung der Aktie an einen Dritten nicht möglich. Dies kann deshalb der Fall sein, weil es sich um vinkulierte Aktien handelt, deren Uebertragung ohne Grundangabe verweigert werden darf[52], so dass nur noch ein Verkauf an die Mehrheit möglich bleibt; und dies meist zu einem Verkaufspreis unter ihrem inneren Wert.[53]

Vor allem wird sich gerade in kleinen Gesellschaften kaum ein Käufer finden, der eine Minderheitsaktie oder gar ein Minderheitspaket übernehmen will, insbesondere dann nicht, wenn ein Anfechtungsprozess hängig ist, oder kürzlich entschieden wurde.

Der Minderheitsaktionär ev. auch der Mehrheitsaktionär besitzt eine entwertete Aktie, wobei aber dem letzteren Möglichkeiten offen stehen, diesen Verlust anderweitig zu kompensieren.[54]

---

50 Forstmoser 9.

51 Vgl.: Mengiardi (Bürgi) 278 ff. Ob in den Statuten ein Austrittsrecht aufgenommen werden könnte, ist kontrovers (Befürworter: Mengiardi (Bürgi) 265 ff; dagegen: Herren 94). Ein statutarisches Austrittsrecht wäre jedoch mit dem Verbot der Einlagerückgewähr und dem Verbot des Erwerbs eigener Aktien schwierig zu vereinbaren (vgl.: v.Greyerz, SJZ 72 (1976) 61).

52 OR 686 II.

53 Vgl.: Pugatsch 70 ff.

54 Haymann SAG 46 (1974) 22.

2.1 Erfüllungsklage gegnüber der AG bei Verweigerung der Zustimmung zur Uebertragung von Namenaktien

Sehen die Statuten keine Verweigerungsgründe zur Uebertragung von Namenaktien vor, so kann die Gesellschaft aufgrund einer Erfüllungsklage beim Richter, zur Eintragung des Erwerbers im Aktienbuch verurteilt werden.[55]

Auf keinen Fall ist bei einer Uebertragungsverweigerung gegen den Verwaltungsratsbeschluss eine Anfechtungsklage anzuheben, da dieser als unanfechtbar gilt.[56]

Eine Weiterziehung der Verweigerung vor die GV, mit anschliessender Anfechtung des ablehnenden GVB[57] ist deshalb nicht nötig.[58]

2.2 Vertragliche Sicherstellung einer Verkaufsmöglichkeit zu reellen Bedingungen[59]

Um sich eine Verkaufsmöglichkeit zu reellen Bedingungen zu sichern, könnte der Minderheitsaktionär mit der Mehrheit ein potestativ bedingter Kaufvertrag[60] abschliessen. Als Inhalt könnte ein Verkaufs- bzw. Rückverkaufsrecht vereinbart werden, auf deren Grundlage die Mehrheit auf Verlangen der Minderheit, deren Aktien zu einem festen Preis zu übernehmen hätte.

---

55 76 II 68 f.
56 Vgl.: Kapitel I, 4.2.
57 Guhl 471.
58 76 II 68f.
59 Ganzer Abschnitt: Haymann SAG 46 (1974) 25 f; siehe auch: Haymann (Diss.) 76 ff.
60 Nach geltendem Recht wäre eine statutarische Uebernahmeverpflichtung ausgeschlossen, denn diese würde gegen OR 659 insbesondere gegen OR 680 II verstossen.

Die Einräumung eines Veräusserungsrechts an die Mehrheit kann eine ursprüngliche wie eine nachträgliche sein. Der letztere Fall wird wegen mangelnder Stärke der Verhandlungsposition der Minderheit kaum von praktischer Bedeutung sein.

Mit dieser vertraglichen Lösung wird es dem Minderheitsaktionär jederzeit möglich sein, seine Beteiligung zu realisieren und sich von der Gesellschaft zu lösen. Wird im Kaufvertrag das Veräusserungsrecht gar übertragbar ausgestaltet, würde sich dies auch auf die Negoziabilität und damit auf den Marktwert positiv auswirken. Einem späteren Erwerber der Minderheitsbeteiligung wäre sichergestellt, dass er seine Beteiligung jederzeit ohne Verluste rückgängig machen könnte.

Zu beachten ist jedoch, dass die Mehrheit, wegen der obligatorischen Natur und damit dem persönlichen Charakter der Vereinbarung, sich der Uebernahmeverpflichtung durch einen Verkauf ihrer Aktien entledigen kann. Für diesen Fall müssen besondere Nebenabreden, z. B. Vereinbarung einer Konventionalstrafe, die Hinterlegung der Aktie in einem Sperrdepot mit nur gemeinsamer Verfügungsmöglichkeit oder die Einräumung von gegenseitigen Vorkaufsrechten, getroffen werden.

Da der Mehrheit aus der Uebernahmeverpflichtung schwere Liquiditätsprobleme erwachsen können, müssten für die Zahlung des Uebernahmepreises Zahlungsmodalitäten[61] gefunden werden, die den für das Weiterbestehen der Gesellschaft notwendigen Zahlungsmittelbestand gewährleisten würden.

---

61 Man denke da z. B. an eine verzögerte Fälligkeit oder an gestaffelte Zahlung des Kaufpreises.

3. KLAGE AUF AUFLOESUNG DER GESELLSCHAFT AUS WICHTIGEN GRUENDEN[62]

Im Zusammenhang mit der Anfechtungsklage interessiert, wann eventuell beim Vorliegen eines Tatbestandes der auch Grundlage für eine Auflösungsklage sein kann, diese möglich wird.

Die Klagekonkurrenz besteht immer dann, wenn der Missstand, also der wichtige Grund, in einem oder mehreren GVB liegt.

3.1 Verhältnis der Auflösungsklage zur Anfechtungsklage nach neuester Rechtssprechung

Nach geltender Rechtssprechung herrscht zwischen der Auflösungsklage und Anfechtungsklage eine Subsidiaritätsbeziehung.[63] Die Auflösungsklage kann nur dann angehoben werden, wenn die Beseitigung der Missstände, die als wichtigen Grund angerufen werden, nicht mit einer Anfechtungsklage erreicht werden kann.[64] Daraus schliesst das BG, dass anfechtbare, aber nicht angefochtene Beschlüsse der GV nicht zur Begründung einer Auflösungsklage dienen können und liege gar ein GVB vor, der nicht an einem Anfechtungsgrund im Sinne von OR 706 leide, könne er keinen wichtigen Grund zur Auflösung der Gesellschaft darstellen.[65]

---

62 Siehe auch: Künzli E., Die Auflösungsklage der AG aus wichtigen Gründen, Diss. Basel 1940; Metzler Charles, Auflösungsgründe im Bereich der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1952.

63 67 II 166; 84 II 47; Pr 67 Nr. 108 S. 256.

64 Pr 67 Nr. 108 S. 256; n. v. BGE vom 24. Sept. 1963 in SAG 36 (1964) 132.

65 Pr 67 Nr. 108 S. 256; n. v. BGE vom 24. Sept. 1963 a. a. O.
Vgl.: Bertsch 56.

3.1.1 Konsequenz der Rechtssprechung

Die Auflösungsklage ist nie möglich, bei wichtigen Gründen oder Mängeln, die in einem GVB liegen.

Wird nämlich die Anfechtungsklage gutgeheissen, entfällt der wichtige Grund und die Auflösungsklage ist nicht mehr möglich.

Wird die Anfechtungsklage abgelehnt, ist der GVB rechtlich und statutarisch in Ordnung und somit auch kein wichtiger Grund vorhanden.

Wird der anfechtbare GVB nicht angefochten, dann ist wegen der Subsidiaritätsbeziehung zwischen den beiden Rechtsbehelfen die Auflösungsklage nicht möglich.

Es fragt sich, ob der Gesetzgeber bei der Legiferierung von OR 736 Ziff. 4 dies erreichen wollte.[66]

Zudem widerspricht der neueste Entscheid der Literatur und alten Praxis des BG in bezug auf die Auslegung der Subsidiaritätsbeziehung erheblich. Pr 67 Nr. 108 S. 256 ist unseren Erachtens als Fehlentscheid zu bezeichnen.

---

66 Vgl.: StenBull StR 1931 S. 577, 1935 S. 106, 264, 1936 S. 88 f; NR 1934 S. 344, 1935 S. 191 f, 381, 1936 S. 777.

3.2 Verhältnis der Auflösungsklage zur Anfechtungsklage nach alter Rechtssprechung und der Literatur[67]

Nach alter Rechtssprechung[68] gilt wohl, dass die Auflösungsklage nur dort möglich ist, wo die Beseitigung des angerufenen Missstandes, auf dem Wege der Anfechtungsklage nicht erreicht werden kann. Sicher ist somit die Auflösungsklage dann möglich, wenn die Anfechtungsklage vom Richter abgelehnt und somit der beanstandete GVB nicht aufgehoben wurde.[69] Jedoch wird betont, dass dies nicht bedeute, dass die Klage überhaupt unzulässig sei, wenn ihr nicht eine erfolglose Klage auf Anfechtung vorausgegangen sei.[70] So ist die Auflösungsklage auch dort zulässig, wo sie aus den Umständen zu schliessen, als zwecklos erscheint, oder wenn der behauptete Missstand mit der Anfechtungsklage gar nicht behoben werden kann.[71]

Bertsch[72] sieht für folgende Tatbestände eine Umgehung der Subsidiarität vor:

- wenn die Mehrheit fortlaufend machtmissbräuchliche GVB erzwingt
- wenn trotz der Gutheissung der Anfechtungsklage die Ausführung des GVB nicht rückgängig gemacht werden kann
- wenn der Missstand zwar auf einem GVB beruht, der aber weder gegen das Gesetz noch die Statuten verstösst.

Die Auflösungsklage ist aber dann ausgeschlossen, wenn eine Anfechtungsklage den Missstand hätte beheben können, hingegen eine solche wegen Fristablaufs oder anderen Gründen versäumt wurde.[73]

---

67 Dieser Abschnitt wird gemacht, weil Pr 67 Nr. 108 S. 256 u. E. ein Fehlentscheid ist.
68 67 II 163; 84 II 44; vgl.: Sem. jud. 92 (1970) 161 ff.
69 Dies gilt natürlich nur, sofern die Anfechtungsklage nicht aus prozessrechtlichen Gründen abgewiesen wurde (Bertsch 53).
70 wie FN 68
71 Bertsch 53.
72 Bertsch 53 ff. jeweils mit Begründung.
73 Bertsch 56.

3.3 Begründung der Subsidiaritätsbeziehung

Mit der Gutheissung einer Auflösungsklage werden oft erhebliche Werte aufs Spiel gesetzt und zerstört. [74] Zudem kann eine Auflösung schwerwiegende wirtschaftliche [75] und soziale [76] Folgen nach sich ziehen. [77]

Bei der Auflösungsklage handelt es sich also um einen Rechtsbehelf mit ausserordentlich schwerwiegenden Konsequenzen. [78] Deshalb sollte dieser erst zur Anwendung kommen, wenn keine anderen Rechtsbehelfe insbesondere die Anfechtungsklage nicht mehr möglich oder sinnvoll ist. Diese Auffassung ist nichts anderes als ein Ausdruck des Verhältnismässigkeitsprinzips. Die Erhebung der Subsidiaritätsbeziehung zu einem Prinzip an sich, ist deshalb verfehlt. [79]

3.4 Aktivlegitimation

Zur Auflösungsklage aktivlegitimiert sind Aktionäre, die zusammen mindestens 1/5 des Grundkapitals vertreten. [80] Auch ein einziger Aktionär ist zur Klage legitimiert, sofern er den erforderlichen Teil des Grundkapitals vertritt. [81]

---

74 So geht der Goodwill verloren.
75 Stille Reserven werden ev. aufgelöst, was steuerliche Konsequenzen nach sich zieht. Weiter betrifft die Auflösung auch aussenstehende Dritte wie Lieferanten und Kunden.
76 Arbeitslosigkeit von ev. mehreren hundert Angestellten, verbunden mit einem allfälligen Wohnortwechsel, Schulwechsel der Kinder, Verlust von Freundeskreis usw.
77 Pr 67 Nr. 108 S. 265; vgl.: Bürgi OR 736 N39.
78 Funk OR 736 N6; 67 II 162.
79 Tercier SAG 46 (1974) 73.
80 OR 736 Ziff. 4.
81 67 II 162.

Als weitere Voraussetzung gilt die Gutgläubigkeit des Klägers, insbesondere darf die Klagemöglichkeit nicht als Droh- und Druckmittel der Minderheit gegen die Mehrheit verwendet werden. [82]

3.5 Passivlegitimation

Passivlegitimiert ist die Gesellschaft und nicht etwa die Mehrheit. [83]

Die Klage kann vor den ordentlichen Richter, wie auch, sofern dies vertraglich oder statutarisch vorgesehen ist, vor ein Schiedsgericht gebracht werden. [84]

3.6 Der wichtige Grund im Sinne von OR 736 Ziff. 4

Der wichtige Grund wird im Gesetz nicht näher umschrieben. Ob ein wichtiger Grund vorliegt, wird vom Richter nach Recht und Billigkeit im Einzelfall entschieden. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut "wichtiger Grund" der als Verweis auf das richterliche Ermessen von ZGB auszulegen ist. [85] Massgebend wird hierbei die Interessenlage sein, das heisst einerseits das Interesse der Minderheit an der Auflösung, andererseits das Interesse der anderen (z. B. die restlichen Aktionäre, die Arbeiterschaft, die Obligationäre) am Bestand der Gesellschaft. [86]

---

82 67 II 166.
83 Bertsch 168.
84 SJZ 60 (1964) 310; ZBJV 101 (1965) 61; Bertsch 170, 177. Deshalb falsch bzw. zu weit gehend: Fromer ZSR 58 (1939) 238, der zusätzlich eine Vollstreckbarerklärung des staatlichen Richters verlangt.
85 67 II 164; vgl.: 84 II 47; Bürgi OR 736 N44 ff; Bertsch 75, 95 ff; Tercier SAG 46 (1974) 68 ff.
86 Bertsch 105; F. v. Steiger 336/337; a. M.: Hagmann W., 88.

Nicht herangezogen werden dürfen die Grundsätze für die Auflösung aus wichtigen Gründen der Personengesellschaften, hat doch die AG als unpersönliche Kapitalgesellschaft eine grundsätzlich andere Struktur. [87]

Als wichtige Gründe können also nicht persönliche sondern nur sachliche Gegebenheiten ausschlaggebend sein. [88]

Als wichtige Gründe werden in der Literatur angesehen:

- die fortgesetzte Schädigung der Minderheit durch die Mehrheit durch rechtswidrigen Machtmissbrauch bzw. das sogenannte Aushungern der Minorität [89]
- die Verfolgung von gesellschaftsfremden oder gesellschaftswidrigen Interessen durch die Mehrheit [90]
- ständige Unterlassung der Vornahme wichtiger Beschlüsse [91]

Nicht als wichtiger Grund wird die statutarische Zweckänderung angesehen, ausser wenn sie ausschliesslich die Schädigung der Minderheit bewirken soll. [92]

Das BG selbst ist aber mit der Zuerkennung eines wichtigen Grundes äusserst zurückhaltend. [93]

---

87 67 II 164; 45 II 89; ZR 39 (1940) 213; vgl.: Bertsch 141; Hagmann W. 85. Vgl. Kritik: Nenninger 52 f; Tercier SAG 46 (1974) 70 ff.

88 84 II 49; Schucany OR 736 N5.

89 Bertsch 26, 116; Bürgi OR 736 N50; Hochheuser 196; F. v. Steiger 337.

90 Bertsch 135; Bürgi OR 736 N50; Funk OR 736 N5; F. v. Steiger 335 f. Andere wichtige Gründe, die aber im Zusammenhang mit der Anfechtungsklage nicht interessieren, vgl.: Bertsch 25; Bürgi OR 736 N51.

91 Bürgi OR 736 N51; Schluep SJZ 54 (1958) 213; Schluep 346.

92 Bertsch 136; Bürgi OR 736 N52; vgl.: n. v. BGE vom 24.9.63, in: SAG 36 (1964) 130 ff.

93 Vgl.: 76 II 73; 88 II 108.

3.7 Klagefrist

Die Auflösungsklage unterliegt keiner Klagefrist. Die Geltendmachung hat jedoch ohne ungebührliche Verzögerung zu erfolgen, ansonsten verstösst sie gegen Treu und Glauben.[94]

3.8 Wirkung des Urteils

Wurde vom Richter die wichtigen Gründe als solche erkannt, spricht er die Auflösung aus; diese wirkt ex nunc.[95] Das Urteil wirkt gegen alle Aktionäre.

4. BERUFUNG AUF WILLENSMANGEL OHNE ANFECHTUNGSKLAGE GENUEGT NICHT

Die Stimmabgabe eines Aktionärs kann auf einem Willensmangel beruhen. Gemäss OR 23 ff. fällt mit der Berufung auf diesen die Stimme des betreffenden Aktionärs für die Beschlussfassung weg und der Beschluss wird anfechtbar[96], wenn die mangelhafte Stimme für die Beschlussfassung von entscheidender Bedeutung war.[97]

Auf jeden Fall braucht es zur Aufhebung des GVB eine Anfechtungsklage.[98] Eine blosse Berufung auf den Willensmangel genügt nicht und umso-

---

94 Bertsch 167; Fromer ZR 58 (1939) 237.
95 Fromer ZR 58 (1939) 238.
96 Frei 116; F.v.Steiger 214 unten; Strub 85; vgl.: SJZ 57 (1961) 124 ff.
97 Feldmann 116; vgl.: Kapitel III, 1.1.1.
98 Denn zur Aufhebung eines GVB braucht es zumindest ein Urteil. Vgl.: Kapitel IV, 7.3; Frei 116.

weniger ist es zulässig, die mangelhafte Stimme einfach der Gegenseite zuzuschlagen und den Gegenantrag zum Beschluss erheben zu wollen. [99] Will man eine positive Wirkung erreichen, bleibt nichts anderes übrig, als den aufgehobenen Beschluss durch einen neuen zu ersetzen. [100]

Zu beachten ist, dass zur Geltendmachung eines Willensmangels mittels einer Anfechtungsklage die Frist von zwei Monaten zu gelten hat. [101]

Die Zustimmung zum Beschluss gilt beim Tatbestand des Willensmangels nicht mehr als Grund für den Verlust der Aktivlegitimation. [102]

---

99 Feldmann 107; vgl.: Kapitel IV, 7.2.1.

100 Feldmann 107; vgl.: Kapitel IV, 7.2.1.

101 Offensichtlich sind die allgemeinen vertragsrechtlichen Bestimmungen von OR 23 ff. lex generales zu der speziellen aktienrechtlichen Bestimmung von OR 706 und bekanntlich gilt: "lex specialis derogat legi generali".
a.M.: Feldmann 107, der die Jahresfrist von OR 31 gelten lassen will.

102 Vgl.: Kapitel IV, 2.2.

Kapitel VI WUERDIGUNG DES ANFECHTUNGSRECHTS

1. Kritische Würdigung der Situation heute

Im Folgenden werden Tatsachen aufgezählt, die die Anfechtungsklage als taugliches Instrument des Minderheitenschutzes stark in Frage stellen. Auch der Hinweis auf die prophylaktische Wirkung[1], allein aus dem Vorhandensein einer Möglichkeit zur Anfechtung, vermag über die missliche Rechtslage de lege lata nicht hinweg zu trösten.

1.1 Streitwertberechnung

Ein grosses Hindernis, um mit OR 706 dem Minderheitsaktionär einen wirksamen Rechtsbehelf zu schaffen, liegt in der Streitwertberechnung.[2] Der Aktionär geht mit der Anhebung einer Anfechtungsklage ein erhebliches Prozessrisiko ein, obschon für ihn allenfalls nur ein Bruchteil der Streitwertsumme von Interesse ist.[3] Dieser Umstand bewirkt, dass an sich berechtigte Klagen oft nicht eingereicht werden, oder zwingt den Aktionär zu einem gemeinsamen Vorgehen mit anderen Gesellschaftern.[4]

Auf der anderen Seite muss auch gesehen werden, dass ein Kostenrisiko für den Kläger eine Schranke für eine allzu sorglose Anstrengung eines Anfechtungsprozesses darstellt.[5]

---

1 Vgl.: unten 1.8.
2 Streitwertberechnung vgl.: Kapitel IV,8.
3 Vgl.: Bürgi OR 706 N63; Haymann SAG 46 (1974) 22; Hirsch SAG 50/2 (1978) 66; Hochheuser 181; Meier-Hayoz 265 N76; Schluep 293; Stehli 152; Tappolet 57.
4 Vgl.: Haymann a.a.O. 22.
5 Vgl.: Kummer ZPR 247.

1.2 Betonung des Mehrheitsprinzips und Beschränkung des richterlichen Eingriffsrechts

Das BG hat mehrmalig die absolute Geltung des Mehrheitsprinzips betont. [6] Deshalb seien Mehrheitsbeschlüsse grundsätzlich gültig und der Richter dürfe nur einschreiten, wenn die GV den Rahmen vernünftiger Ueberlegungen gesprengt habe. [7]

Diese strenge Kognitionsbeschränkung die das BG dem Richter auferlegt, bewirkt eine weitere Diskriminierung des Anfechtungsrechts als taugliches Instrument des Minderheitenschutzes. [8] Stellt man die Aeusserung des BG [9] in den Vordergrund, dass mit dem Eintritt in die Gesellschaft sich der Aktionär bewusst dem Willen der Mehrheit unterwerfe und somit anerkenne, dass diese bindend entscheide, auch wenn sie nicht die bestmögliche Lösung vertrete, ist man stark geneigt, die Möglichkeit des Minderheitenschutzes auf der Basis der Anfechtungsklage gar zu verneinen. [10]

Jedenfalls darf im Hinblick auf die heutige Rechtssprechung, die der Anfechtungsklage fast durchwegs den Erfolg versagt, ein Anwalt seinem Klienten die Anhebung einer Anfechtungsklage kaum noch empfehlen. [11]

---

6 Vgl.: Kapitel III, 1.3.
7 93 II 403; 99 II 62; vgl.: Kapitel III, 1.3.
8 Vgl.: Bär ZSR 85 (1966) II 423 ff; v. Greyerz SJZ 72 (1976) 55.
9 95 II 163; 99 II 62; 102 II 269.
10 Vgl.: Bürgi SAG 29 (1956/57) 81.
11 v. Greyerz a.a.O. 55.

1.3 Keine eindeutigen Schranken der Mehrheitsmacht und Schwierigkeiten des Abschätzens des Prozessausgangs

Wann ein GVB rechtsmissbräuchlich ist, kann wie das BG[12] betont, "nicht allgemeingültig beantwortet werden", sondern ist stets von neuem aufgrund der "besonderen Umstände des einzelnen Falles" festzustellen. Auch könne nicht "unbesehen auf einen den Rechtsmissbrauch verneinenden Entscheid in einem anderen Verfahren abgestellt werden..".

Die Schranken der Mehrheitsmacht aufgrund einer nicht weiter präzisierten Generalklausel können deshalb nicht eindeutig festgelegt werden.[13] Dies führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit, insbesondere dazu, dass es dem Aktionär nicht möglich ist, sich seine Prozesschancen aufgrund früherer Entscheide auszurechnen. In Anbetracht des erheblichen Prozessrisikos wird auch diese Tatsache manchen Minderheitsaktionär von einer Anfechtungsklage absehen lassen.

Jedoch ist auch der Vorteil dieser BG-Praxis nicht zu verkennen. Mit dem Abstellen auf die besonderen Sachverhalte des Einzelfalles, kommt zur Beurteilung des Rechtsmissbrauchs stets ein Massstab zur Anwendung, der genau auf den zu entscheidenden Fall zugeschnitten ist. Es fragt sich natürlich, ob dies nur unter Inkaufnahme einer Rechtsunsicherheit möglich ist?[14]

---

12 102 II 268.
13 Hochheuser 94.
14 Vgl.: Lösung unten 2.3.

1.4 Beweisführungslast

Die Beweisführungslast für das Vorliegen der Tatsachen, welche einen GVB als rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen, hat im Anfechtungsprozess der Kläger. [15]

Der beweispflichtige Aktionär als Kläger hat aber wegen seiner Rechtsstellung und in Ermangelung einer weitgehenden Informationspflicht der Gesellschaft oft wenig Beweismaterial.

Insbesondere bei komplexen Konzernzusammenhängen, ist es dem Minderheitsaktionär kaum möglich, mangels genügenden Einblicks und Information, Beweise zu erbringen, oder noch schlimmer, er wird die Rechtsmissbräuchlichkeit der Beschlüsse nicht einmal als solche erkennen. [16]

Auch aus diesen Gründen sind gegenüber der Anfechtungsklage als schlagkräftiger Rechtsbehelf der Minderheit grösste Bedenken anzumelden. [17]

1.5 Das Recht, die Mitglieder der Verwaltung abzuberufen

Die GV hat das Recht, die Mitglieder der VW mit unmittelbarer Wirkung, jeder Zeit und voraussetzungslos abzuberufen. [18]

---

15 ZGB 8; vgl.: Kapitel IV, 3.3; 99 II 63 unten.
16 Zweifel SAG 50/2 (1978) 93; vgl.: Stehli 144 ff; Tappolet 57 ff.
17 Vgl.: Bürgi OR 706 N 63; Schluep 293; Tappolet 57 ff, 137; Zweifel SAG 50/2 (1978) 93.
18 OR 705; vgl.: Forstmoser 172 N2; SJZ 49 (1953) 295 f.

Lehnt sich nun die Verwaltung gegen die Mehrheit auf, hat die letztere es in der Hand, die Verwaltung in einer ausserordentlichen GV abzuberufen und ihr dadurch das Klagerecht zu entziehen. [19]

Dies ist vielleicht auch der Grund, warum das Anfechtungsrecht in der Praxis auf dem Papier stehen geblieben ist, und sich kaum Anfechtungsprozesse mit der Verwaltung als Klägerin finden lassen. [20]

1.6 Interessenabwägung des Bundesgerichts - Betonung der Gesellschaftsinteressen

Die Rechtssprechung des BG, bei der Beurteilung eines Verstosses gegen den Grundsatz der relativen Gleichbehandlung, zeigt deutlich die Höherbewertung des kollektiven Elements [21], indem es die Unternehmungsinteressen vor die Aktionärsinteressen stellt. [22]

Dies scheint einmal daher zu kommen, dass das Mehrheitsprinzip absolut zu gelten habe [23], und zum andern, dass das BG stillschweigend annimmt, die Interessen der Gesellschaft seien identisch mit den Interessen aller Aktionäre oder gar mit den Interessen der gesamten Wirtschaft. [24]

Damit sind wesentliche Forderungen der Literatur an die Methode der Interessenabwägung verletzt und missachtet. [25] Dies führte dazu, dass

---

19 Steiner SJZ 34 (1937/38) 35 f.
20 VW als Klägerin in: 81 I 394 ff.
21 Terminologie Radbruchs, Rechtsphilosophie, 4. A., Stuttgart 1950.
22 Vgl.: Kapitel III, 1.4.1.3; 99 II 58; 95 II 565; 95 II 162 ff; 93 II 406 ff.
23 Vgl.: oben 1.2.
24 Bürgi (Carry) 16, 20/21; Patry (annulation) 37; vgl.: Bürgi SAG 29 (1956/57) 81 ff. bes. 87; 93 II 402; 92 II 247; 82 II 150.
25 Vgl. unten: 2.5.

der Schutz der Minderheit im Rahmen der Anfechtungsklage meistens oder immer versagte.[26]

1.7 Kurze Anfechtungsfrist

Die kurze Anfechtungsfrist von zwei Monaten und ihre Ausgestaltung als Verwirkungsfrist bewirken eine weitere Diskriminierung des Rechtsbehelfs.

Diesem Einwand kommt jedoch nicht dieselbe Bedeutung wie den vorangehend genannten Punkten zu.[27]

1.8 Prophylaktische Wirkung von OR 706

Auf Grund der vorangehenden Abschnitte dieses Kapitels ist es naheliegend, den Schluss zu ziehen, es gebe keinen wirksamen Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht.[28]

Jedoch darf die prophylaktische Wirkung, schon allein wegen dem Vorhandensein einer Möglichkeit zur Anfechtung, nicht übersehen werden.[29] Allein die kleine Zahl der Anfechtungsprozesse oder der gutgeheissenen Anfechtungsklagen beweist die vollständige Wirkungslosigkeit dieses Rechtsbehelfs nicht[30]; zumindest ist ihm die Eigenschaft eines Druck-

---

26 Vgl. auch Kritik an der Zurückhaltung der Gerichte: Hirsch SAG 50/2 (1978) 65 f; Kummer ZBJV 111 (1975) 144 ii); Patry SAG 46 (1974) 38.
27 Stehli 152; vgl.: Tappolet 56/57.
28 Vgl.: Bürgi SAG 29 (1956/57) 81.
29 Vgl.: Kummer BTJP 1972 S.95.
30 Andere Interpretation der kleinen Zahl der Anfechtungsprozesse: Haymann SAG 46 (1974) 22.

mittels nicht abzusprechen. Betrachtet man die Unannehmlichkeiten[31], die dieser mit sich bringen kann, wird manche Verwaltung oder Mehrheit versuchen, eine drohende Anfechtungsklage durch eine gewisse Kompromissbereitschaft zu beseitigen.

2. MOEGLICHE VERBESSERUNGEN DE LEGE FERENDA

2.1 Richterliche Kostenverteilung

Eine wesentliche Verbesserung der Anfechtungsklage als Instrument des Minderheitenschutzes würde sicher dadurch erreicht, dass die Streitwertberechnung oder die Gerichtskostenverteilung unter den Parteien abgeändert würde.

Die Arbeitsgruppe Tschopp zur Teilrevision des Aktienrechts hat im Vorentwurf die folgende Lösung gewählt: die Streitwertberechnung bleibt die gleiche. Hingegen wird dem Richter ermöglicht, die Gerichtskosten teilweise der Gesellschaft aufzuerlegen und die Parteientschädigung herabzusetzen, sofern der Kläger sich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah.[32]

Eine interessante Lösung findet sich auch im deutschen Aktiengesetz, welches dem Richter ermöglicht, die Streitwertberechnung allen Umständen des einzelnen Falles anzupassen. Weiter sieht es eine Streitwertbegrenzung vor.[33]

---

31 Man denke da an die zeitliche Verzögerung der Beschlussausführung, das an die Oeffentlichkeit treten von Differenzen zwischen den Gesellschaftern, insbes. die nicht mehr reibungslos ablaufende Beschlussfassung, die negativen Einflüsse auf die Börsenkurse bei kotierten Aktien usw.

32 Vorentwurf Art. 706 Abs. 5.

33 Vgl.: AktG § 247; vgl.: Hochheuser 181 ff.

Eine weitere Möglichkeit zur Verringerung des Prozessrisikos sieht Stehli in der Zulassung des Klägers als Geschäftsführer ohne Auftrag. [34]

2.2 Erweiterung der richterlichen Kognitionsbefugnis

Der Minderheit könnte durch die Erweiterung der richterlichen Kognitionsbefugnis eine wesentlich besser geschützte Stellung verschafft werden.

Die bessere Qualität eines Mehrheitsentscheides scheint zudem eine zu optimistische Annahme des BG [35] zu sein. [36] Kaum ist einzusehen, warum die Mehrheit besser als die Minderheit oder der Richter entscheiden sollte. Insbesondere könnte die grössere "Vertrautheit mit den Verhältnissen und den Bedürfnissen der Gesellschaft" [37] der Mehrheit leicht durch ihren Egoismus wieder aufgehoben werden. [38] Auch ist schwer einzusehen, warum die Gerichte fachlich und sachlich nicht in der Lage sein sollten, im Grenzbereich zwischen Ermessensbetätigung und Ermessensmissbrauch Entscheidungen in kaufmännischen oder geschäftspolitischen Fragen zu fällen, zumal es ihnen auch möglich ist, Sachverständige beizuziehen. [39]

In Anbetracht dieser Erörterungen und besonders der fragwürdigen rechtlichen Begründung der Kognitionsbeschränkung [40], könnte man sich fragen, ob nicht deren Lockerung in Betracht zu ziehen wäre? [41]

---

34 Stehli 152; vgl.: Oesch 226.
35 Vgl.: 93 II 403; 82 II 150.
36 Nenninger 34; vgl.: Bär ZSR 85 (1966) II 425; Vischer/Rapp 182.
37 93 II 403; 82 II 150.
38 Nenninger 34.
39 Vgl.: Stehli 123.
40 Nenninger 36.
41 Vgl.: Forstmoser SAG 47 (1975) 107; Bär ZSR 85 (1966) II 427 ff; Nenninger SAG 47 (1975) 136.

Bei solchen Erwägungen darf aber die Gefahr nicht verkannt werden, dass bei freier Kognition der Gerichte wohl jeder Ermessensentscheid einer GV angefochten würde, was die Zahl der Anfechtungsprozesse erheblich ansteigen liesse. Häufige Anfechtungsklagen können aber die wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft in Frage stellen, wird doch heute mit zunehmendem Konkurrenzdruck die verzögerungslose Abfolge von Beschluss und Ausführung zur Voraussetzung fast jedes wirtschaftlichen Erfolges.[42] Weiter würde die Zusprechung einer diesbezüglichen richterlichen Befugnis ein Eingriff in die Privatautonomie bedeuten und ist deshalb aus rechtspolitischen Gründen abzulehnen[43], oder zumindest auf eine bestimmte Kategorie von GVB zu beschränken.

Die Literatur[44] befürwortet in all jenen Fällen eine freie Kognition des Richters, in denen sich die Mehrheit auf Kosten der Minderheit Sondervorteile verschafft. Würde sich eine Mehrheit direkt oder indirekt Sondervorteile verschaffen, würde die Angemessenheit des Beschlusses frei überprüft. Die Anforderungen an die Rechtfertigung sollte umso höher sein, je niedriger die Mehrheit zur Beschlussfassung, aber je höher die Benachteiligung der Minderheit wäre. Sollte die Mehrheit und Minderheit in gleichem Masse beeinträchtigt werden, würde der Beschluss nur auf Willkür überprüft.

2.3 Verankerung der allgemeinen Grundsätze im Aktienrecht und Konkretisierung ihres Inhalts

Eine wesentliche Aufwertung der Anfechtungsklage zu einem schlagkräftigen Rechtsbehelf würde dadurch erreicht, dass man die allgemeinen

---

42 Vgl.: 95 II 163 f; Vischer/Rapp 183; Tappolet 46.
43 Hagmann W., 120/121.
44 Tappolet 46; Vischer/Rapp 184.

Grundsätze die das BG in seiner Rechtssprechung anerkennt, im Gesetz verankert.[45] Mit der gesetzlichen Anerkennung würde vielleicht bewirkt, dass die Gerichte endlich in Richtung eines wirksamen Minderheitenschutzes weiterschreiten, und die allgemeinen Grundsätze zu konkretisieren beginnen.[46]

Noch wirksamer würde der Minderheitenschutz ausgebaut, wenn selbst von der Literatur schon anerkannte[47] oder noch zu suchende Konkretisierungen des Rechtsmissbrauchs[48] im Gesetz aufgenommen würden.[49] Damit würde der Schutz der Minderheit entscheidend aus den Händen des Richters genommen, der nicht geneigt scheint, dem Minderheitsaktionär durch seine Rechtssprechung endlich den nötigen Schutz zu gewähren.[50]

Eine wirksame Konkretisierung des Rechtsmissbrauchs scheint der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung zu bringen.

2.3.1 Anerkennung des Grundsatzes der schonenden Rechtsausübung

Mit der Anerkennung des Grundsatzes der schonenden Rechtsausübung durch das BG könnte der Minderheitenschutz mittels der Anfechtungsklage wirksam verstärkt werden.[51] Es würde gelingen, mit Hilfe von

---

45 Mandel 401; Stockmann 403.
46 Stockmann 403.
47 Vgl.: nächster Abschnitt; Meier-Hayoz/Zweifel 393; Tappolet 47; Vischer/Rapp 187; Weiss SJZ 39 (1942/43) 519.
48 Eine weitere mögliche Konkretisierung würde das Verbot des krassen Missverhältnisses (vgl.: Pelli 567 b)) darstellen (Pelli 74).
49 Vgl.: v. Greyerz SJZ 72 (1976) 56.
50 v. Greyerz 72 (1976) 56.
51 Vgl.: Oesch 187; Pelli 73; Meier-Hayoz/Zweifel 383.

klaren Kriterien einen Machtmissbrauch der Mehrheit als solchen klar zu qualifizieren und zu erkennen.[52]

Die Anwendung des Grundsatzes wäre gleichbedeutend mit einer verdeckten, jedoch eng umgrenzten Erweiterung der richterlichen Kognitionsbefugnis.

2.3.1.1 Herkunft des Grundsatzes und Verhältnis zu ZGB 2

Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung findet vorwiegend Anwendung im Verwaltungsrecht[53] und Sachenrecht wo er einen privatrechtlichen Niederschlag in ZGB 737 II erfahren hat.[54] Er kommt insbesondere überall dort zur Geltung, wo "eine Partei von Rechtes wegen berechtigt ist, in die Rechtsphäre einer anderen einzugreifen".[55] Dieser Sachverhalt ist gerade bei aktienrechtlichen Mehrheitsbeschlüssen gegeben. Die grundsätzliche Anerkennung des Mehrheitsprinzips erlaubt es der Mehrheit in gewissem Umfang, die Rechte der Minderheit zu beschneiden oder zu übergehen.

Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung, hat somit auch im Gesellschaftsrecht insbesondere im Aktienrecht Gültigkeit.[56] Er wird als Konkretisierung des allgemeinen Grundsatzes des Handelns nach Treu und Glauben von ZGB 2 verstanden.[57]

---

52 Vgl.: Meier-Hayoz/Zweifel 393; Anwendung auf den Weltwocheentscheid; Pelli 87 ff, praktische Anwendungsbeispiele.
53 Vgl.: Oberle 32 f.
54 Siehe auch Pelli 63 ff.
55 Pelli 73.
56 Vgl.: Meier-Hayoz/Zweifel 393; Merz ZGB 2 N324; Oesch 186 f; Pelli 72 f; deutsches Gesellschaftsrecht wo der Grundsatz schon lange anerkannt ist: RGZ 107 (1924) 75; 132 (1931) 163; siehe auch: Meier-Hayoz/Zweifel 391 FN 19.
57 Pelli 59; Meier-Hayoz/Zweifel 389 f u. dort zit. Lit.

2.3.1.2 Inhalt des Grundsatzes

Ein Beschluss verstösst dann gegen den Grundsatz der schonenden Rechtsausübung, "wenn der im Gesellschaftsinteresse liegende Zweck auch auf einen anderen, die Minderheit nicht oder weniger benachteiligendem Weg ohne Nachteil für die Interessen der Mehrheit erreicht werden könnte". [58]

Kombiniert man den Inhalt des Grundsatzes mit den bereits vom BG gefundenen Kriterien [59], müssten folgende Tatbestandsmerkmale erfüllt sein, damit ein GVB vom Richter als rechtsmissbräuchlich aufgehoben werden könnte. [60]

1. Der Beschluss muss die Interessen der Minderheit offensichtlich beeinträchtigen bzw. die Minderheit offenbar schädigen.

Es geht hier um eine offenbare Schädigung der Minderheit, die sich in einer vermögens- oder herrschaftsrechtlichen Benachteiligung manifestieren kann. [61] Diese Voraussetzung ist immer notwendig: Wird der Minderheitsaktionär nicht beeinträchtigt, fehlt ihm bei Nichtvorliegen einer expliziten Statuten- oder Gesetzesverletzung das Anfechtungsinteresse.

2. Der angegebene, mit dem GVB verfolgte Zweck, liegt nicht im Interesse der Gesellschaft.

Der angegebene Zweck muss das Interesse der Gesellschaft fördern [62],

---

58 Meier-Hayoz/Zweifel 393; vgl.: Merz ZGB 2 N326; Oesch 186; Pelli 48, 78 f.
59 Vgl.: Kapitel III, 3. oder 95 II 164.
60 Vgl.: Pelli 78 ff.
61 Vgl.: Kapitel III, 1.4.1.3.
62 Zum Begriff "Gesellschaftsinteresse" vgl.: Kapitel III, 1.4.1.4.

d.h. es dürfen nicht nur Sonderinteressen der Mehrheit bevorzugt werden; ansonsten würde sich der Eingriff in die Rechtssphäre der Minderheit nicht rechtfertigen.

3. Der Inhalt des Beschlusses ist kein geeignetes Mittel den angegebenen Zweck zu erreichen.

Ist die Zweckverfolgung nur zulässig, wenn sie im Interesse der Gesellschaft steht, muss die Mittelwahl auch geeignet sein, den Zweck überhaupt zu erreichen. [63]

4a. Eine andere, die Minderheit weniger beeinträchtigende Massnahme ist möglich. [64]

Ist eine Schonungsmöglichkeit der Minderheit objektiv vorhanden, hätte sie die Mehrheit unter der Voraussetzung 4b wählen sollen. Damit von einem Vorhandensein einer Schonungsmöglichkeit gesprochen werden kann, müssen aber mindestens zwei zur Zweckverfolgung geeignete Massnahmen vorhanden sein, wobei die oder die andern von der Mehrheit nicht ergriffenen Massnahmen die Interessen der Minderheit besser schonen. [65]

4b. Der alternative Weg muss ohne Nachteil für die Interessen der Mehrheit sein. [66]

Wegen der grundsätzlichen Geltung des Mehrheitsprinzips im Aktienrecht wäre es für die Mehrheit unzumutbar, durch die Wahl der schonenderen

---

63 Vgl.: Pelli 53 f: Grundsatz der Notwendigkeit bzw. Verbot des Uebermasses.

64 Mit 4a und 4b kommt der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung zur Anwendung. Vgl. zur Abgrenzung zu anderen Grundsätzen: Pelli 53 ff; falsch aber, Oesch 186 (vgl. Pelli 78).

65 Pelli 81.

66 Meier-Hayoz/Zweifel 393; Pelli 84.

Lösung Nachteile auf sich nehmen zu müssen. Aus Punkt 2. ergibt sich aber, dass hierunter nur Nachteile für die Interessen der Mehrheit gemeint sein können, die im Rahmen des Gesellschaftszweckes liegen.

Pelli will als weitere Voraussetzung, damit die schonendere Lösung für die Minderheit zumutbar ist, erfüllt wissen, dass im Zeitpunkt der schädigenden Beschlussfassung "der Schadenseintritt mit einer gewissen Sicherheit voraussehbar war". [67]

Wir lehnen dieses Kriterium ab, da damit in die erstrebte Verobjektivierung der Rechtsmissbrauchserfassung wieder subjektive Erwägungen einfliessen. Was heisst "gewisse Sicherheit", was heisst "voraussehbar"? Besser und genügend erscheint uns allein der Umstand der Schädigung als solcher. Sie bleibt stets objektiv feststellbar. Zudem befindet sich der Minderheitsaktionär ohnehin schon in einem Beweisnotstand. [68]

2.4 Verbesserung der Aktionärsinformation

Eine Verbesserung der Aktionärsinformation [69] würde, neben anderen Verbesserungen im Rahmen des Minderheitenschutzes eine Aufwertung der Anfechtungsklage als Rechtsbehelf bedeuten. [70] Einerseits würde es dem Aktionär eine bessere Beweisführung im Anfechtungsprozess gestatten, andererseits dem Aktionär gar ermöglichen, einen anfechtbaren GVB erst einmal als solchen zu erkennen. [71]

---

67 Pelli 83 f.
68 Vgl.: Kapitel IV, 3.3.
69 Vgl.: Hirsch SAG 50/2 (1978) 67 f.
70 Hirsch a.a.O.; Mandel 397 ff; vgl. für die Fusion: v. Greyerz SJZ 72 (1976) 61.
71 Vgl.: oben 1.4.

2.5 Forderungen der Literatur an die Methode der Interessenabwägung

Die Betonung der Gesellschaftsinteressen in der bundesgerichtlichen Interessenabwägung[72] hat in der Literatur verschiedentlich zu Kritik Anlass gegeben[73] und zum Begehen neuer Wege inspiriert.

Die mehrheitliche Meinung der Literatur[74] fordert für die Methode der Interessenabwägung einen Ausgleich zwischen den beteiligten Interessen.[75,76]

So verlangt etwa Bürgi[77] die grundsätzliche Gleichwertigkeit der Rechte der Aktionäre und der Gesellschaftsinteressen. Diese Forderung kann kaum immer erfüllt werden, da eine Auseinandersetzung zwischen Mehrheit und Minderheit öfters auch von öffentlichen Interessen tangiert

---

72 Vgl.: oben 1.6.

73 Vgl.: Nenninger SAG 47 (1975) 135 f; Mandel 99 ff, 363 ff.

74 Vgl.: Schluep 412 ff und die dort zit. Autoren; Forstmoser 60 N10.

75 Für die rechtsethische Begründung des Interessenausgleichs siehe: Schluep 400.

76 Anderer Ansicht ist Bär ZBJV 95 (1959) 369 ff: Bär stellt sich auf den Standpunkt, dass bei allfälligen Interessenkonflikten, die sich bei ihm ausschliesslich zwischen Aktionären abspielen, ein Beurteilungsmassstab aus den Perspektiven der Aktionäre bzw. der Zweckschöpfer zu suchen sei. Insbesondere sei grundsätzlich davon auszugehen, dass die Aktionäre ihre persönlichen Interessen dem selbstgewählten Zweck der Gesellschaft unterzuordnen haben. Hiermit wurde nicht das persönliche Interesse des Aktionärs, sondern das Interesse des typischen Aktionärs für die Interessenabwägung als entscheidend ins Zentrum gerückt. Für die Bestimmung der Interessen des typischen Aktionärs, sei vom Leitbild des Aktionärs, das dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung und Ordnung des Rechtsinstituts vorgeschwebt habe, auszugehen. Der neue Weg Bärs wurde von der Literatur (vgl.: Schluep SAG 33 (1960/61) 137 ff, 172 ff, 194; Mengiardi ZSR 87 (1968) II 158 ff; Jolidon ZSR 87 (1968) II 560 ff) mehrheitlich als unrichtig kritisiert und aus methodischen Gründen abgelehnt. Schliesslich scheint das BG durch die Entscheide 95 II 157 u. 95 II 555 diesem Versuch den Todesstoss versetzt zu haben.

77 Bürgi SAG 29 (1956/57) 91, (Carry) 14 ff, SAG 38 (1966) 71.

wird. [78] Man denke da an die zunehmenden Unternehmungskonzentrationen, die zu einer Verlagerung der Bedeutung der Unternehmung zu Gebilden mit sozialer und politischer Bedeutung geführt haben. [79]

Als gangbaren Weg hingegen erscheinen die Vorstösse Tappolets [80] oder von Meier-Hayoz/Zweifel [81] zu sein, die das Unternehmungsinteresse nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen als bedeutender erscheinen lassen wollen. [82] Eine andere konstruktive Alternative schlägt Mandel vor; mit dem Kriterium der sozialen Verantwortlichkeit will er die Methode der Interessenabwägung in feste Bahnen weisen und so die Rechtssicherheit, insbesondere den Minderheitenschutz, gewährleisten. [83]

Nicht sicher sind wir, ob und entgegen der Ansicht Mandels [84], dieser methodische Weg nicht mit der Privatautonomie und gar einem System mit marktwirtschaftlicher Wirtschaftsordnung im Widerspruch steht. Eine Entwicklung des Minderheitenschutzes de lege ferenda sollte unseres Erachtens stets mit Konformitätsüberlegungen in bezug auf unsere Wirtschaftsordnung einhergehen. Sicherlich verfehlt scheint ein Vorantreiben des Minderheitenschutzes bis zur Machtkontrolle aus öffentlichem Interesse. Vordringliches Problem scheint zunächst zu sein, im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen eine wirksame Verbesserung zu erreichen, als gar politische Ziele ins Auge zu fassen. [85]

---

78 Vgl.: Mandel 330 unten; Kummer ZBJV 107 (1971) 221.
79 Vgl.: 95 II 165; Kummer ZBJV 107 (1971) 221; ähnlicher Ansicht ist Nenninger SAG 47 (1975) 137, der in die Interessenabwägung auch die Arbeitnehmerinteressen und öffentliche Interessen einbeziehen will.
80 Tappolet 47.
81 Meier-Hayoz/Zweifel 390 ff; "Grundsatz der schonenden Rechtsausübung". Die Forderungen dieses Abschnittes werden hiermit identisch mit diesen im Abschnitt 2.3 bzw. 2.3.1.
82 Stehli 127.
83 Mandel 363 ff.
84 Vgl.: Mandel 403.
85 Vgl.: Reichwein SJZ 70 (1974) 201 ff.

2.6 Einführung eines Austrittsrechts ist kein gangbarer Weg

Es fragt sich, ob nicht ein gesetzlich verankertes Austrittsrecht des Aktionärs, ähnlich wie bei der GmbH, vorgesehen werden sollte. [86] Der Minderheitsaktionär könnte anstelle einer Auflösungsklage beim Richter aus wichtigen Gründen auf Bewilligung des Austritts klagen. [87] Dies hätte den Vorteil, dass nicht wie bei der Auflösungsklage grosse wirtschaftliche Werte vernichtet werden müssten. [88]

Doch zuviele Einwände sprechen gegen die Praktikabilität bzw. die Einführung:

"Ein solches Austrittsrecht ist mit dem Verbot der Einlagerückgewähr und dem Verbot des Erwerbs eigener Aktien nicht leicht vereinbar, und wird insbesondere dann Schwierigkeiten bieten, wenn weder Gesellschaft noch Aktionäre die Aktien erwerben wollen und wenn die Gesellschaft über keine freien Mittel verfügt, so dass für die Rücknahme der Aktien das Kapital herabgesetzt werden müsste. Eine solche Austrittsklage würde den Richter in ausserordentliche Schwierigkeiten führen, nicht nur wegen der heiklen Interessenabwägung, sondern auch weil er ein echtes Gestaltungsurteil fällen, nämlich die Rücknahme- und Zahlungsmodalitäten festlegen müsste." [89]

Hingegen sind gemäss dem Vorentwurf der "Arbeitsgruppe für die Ueberprüfung des Aktienrechts" bei der Vinkulierung Verbesserungen vorgesehen.

---

86 Vgl.: v. Greyerz SJZ 72 (1976) 61; Hirsch SAG 50/2 (1978) 69; Haymann SAG 46 (1974) 24.
87 v. Geyerz a.a.O.
88 Vgl. Kapitel V, 3.3.
89 v. Greyerz a.a.O.; vgl.: Haymann a.a.O.; Hirsch a.a.O.

Grundsätzlich soll die statutarische Uebertragungsbeschränkung von Namenaktien möglich bleiben. "Bei Aktien (hingegen), die nicht an einer schweizerischen, der öffentlichen Aufsicht unterstellten Börse kotiert sind, können die Statuten jedoch einzig vorschreiben, dass die Uebertragung nur verweigert werden darf aus wichtigen Gründen, sowie wegen einer in den Statuten umschriebenen Tatsache, die im Hinblick auf den Zweck und die Zusammensetzung der Gesellschaft die Verweigerung rechtfertigt."[90]

2.7 Keine Verlängerung der Anfechtungsfrist

Von einer Verlängerung der Anfechtungsfrist muss zum Schutze der Unternehmung abgesehen werden.[91] Eine unnötige Verzögerung zwischen Beschluss und Ausführung kann für die Unternehmung zur Existenzfrage werden.[92] Auch aus Gründen der Rechtssicherheit ist der resolutive Schwebezustand eines GVB als so kurz wie möglich zu halten.[93]

---

90 Vorentwurf Art. 685 Abs. 2
91 Okur 113; a.M.: Steiner SAG 10 (1937/38) 139; F.v.Steiger 210.
92 Vgl. Argumentation oben 2.2.
93 Vgl.: Okur 113 f.

Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbständig verfasst und keine andern als die angegebenen Quellen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche kenntlich gemacht. Mir ist bekannt, dass andernfalls der Senat gemäss dem Gesetz über die Universität zum Entzug des auf Grund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist.